

Filosofía del Derecho Constitucional

FUNDAMENTOS ACTUALES PARA UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Francisco Javier **Díaz Revorio**



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Filosofía del Derecho Constitucional



FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución

Francisco Javier Díaz Revorio

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2018

Primera edición: mayo de 2018

Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución

© Francisco Javier Díaz Revorio

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-44-8

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
Mariana Miranda López
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Introducción	9
Constitución e historia: sobre el valor histórico de la Constitución	15
1. El significado histórico del constitucionalismo.	15
2. Los valores implícitos en el término “Constitución” y su sentido garantista	17
3. La Constitución como norma suprema y su garantía jurisdiccional	20
4. Las grandes corrientes del constitucionalismo: el constitucionalismo británico, el francés y el estadounidense	23
5. El desarrollo del constitucionalismo: del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social y democrático	31
6. El valor actual del constitucionalismo	34
7. Breve orientación bibliográfica	37
El fundamento histórico de una forma política: la monarquía parlamentaria	39
1. La monarquía parlamentaria como culminación de un proceso de limitación del poder del monarca	39
2. La monarquía parlamentaria en la historia	43

3. La monarquía parlamentaria en la Constitución española de 1978: características generales	57
4. Historia y racionalización en la monarquía parlamentaria en España	71
5. Necesidad, límites y contradicciones de la racionalización	83
Bibliografía	90
La formación histórica del Parlamento contemporáneo: el papel de las Cortes de Cádiz.	
1. Planteamiento.	97
2. Todo empezó en León.	103
3. Las cortes de la Edad Moderna en España.	108
4. Las referencias al “medievo constitucional” en la ilustración	111
5. Las Cortes de Cádiz, entre el parlamentarismo histórico español y la Revolución francesa	113
6. Cortes de Cádiz y constitucionalismo español: ¿una “tercera vía”?	134
Bibliografía	139
El Estado moderno: soberanía, población y territorio	
1. Concepto y elementos del Estado	143
2. Estado y poder. El concepto de soberanía	148
3. La población del Estado. Ciudadanía, Estado y nación	155
4. El territorio del Estado	160
5. La capital del Estado	174
6. Los símbolos del Estado	177
Bibliografía	179
Hacia un concepto de Constitución	
1. Concepto jurídico-formal de Constitución	182
2. Concepto material	186

3. Relaciones entre los conceptos formal y material. Elementos del concepto de Constitución	201
4. La Constitución como norma jurídica suprema	206
Bibliografía	217
Los valores como fundamento de la Constitución	221
1. Introducción.	221
2. La consideración objetiva de los valores: la llamada “filosofía de los valores”	224
3. Teorías subjetivistas	233
4. Teorías consensualistas.	236
5. El relativismo kelseniano y los valores.	239
6. Los valores en la teoría del Estado y de la Constitución: algunos autores	242
7. Valores y “Constitución material”.	250
8. Algunas ideas de interés para la Constitución española	257
Bibliografía	263
Constitución abierta vs. democracia militante.	267
1. La defensa de los valores constitucionales	267
2. Los límites materiales a la reforma como defensa de la Constitución.	274
3. Las libertades políticas y sus límites en defensa de los valores constitucionales	299
4. La democracia y los valores constitucionales: defensa frente al “enemigo” y aceptación del mismo.	335
Bibliografía	339
Consideraciones sobre la reforma de la Constitución	343
1. Planteamiento: la cuestión de la reforma constitucional en la teoría de la Constitución y en la doctrina Constitucional española posterior a la Constitución de 1978	343
2. La rigidez constitucional	349
3. Los límites a la reforma constitucional.	355

4. La configuración del poder de revisión constitucional	362
5. La reforma de la Constitución española en la práctica	365
6. Conclusiones	372
Bibliografía	375

Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa (comentario a la declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, de 13 de diciembre)	379
1. Introducción	379
2. Jerarquía y competencia en el ordenamiento constitucional español: el caso de los tratados internacionales	383
3. La Constitución europea y el sistema de fuentes: la perspectiva europea y la perspectiva española	389
4. La solución del Tribunal Constitucional	392
5. Conclusiones	405
6. Orientación bibliográfica	407

Fundamentos para la investigación en derecho constitucional	411
1. La investigación en materia jurídica en el ámbito de la investigación en ciencias sociales: parámetros esenciales	412
2. La investigación en derecho constitucional: las peculiaridades del objeto	414
3. La investigación en derecho constitucional: las fuentes, su utilización y su reflejo en la investigación	417
4. El método en la investigación jurídico-constitucional	424
5. La estructura de un trabajo de investigación en derecho constitucional	435
6. Breve apunte específico sobre la tesis doctoral	440
7. Aclaración final	441
Bibliografía	443

Introducción

No se puede estudiar el Derecho Constitucional sin una previa Teoría de la Constitución. Esta servirá a la finalidad de establecer un concepto de Constitución, así como sus fundamentos. Sin ese concepto, es obvio que el análisis de una Constitución vigente se hace sin bases sólidas, de manera que pierde en parte su sentido. La paradoja, que en cierto modo es común a todos los conceptos jurídicos básicos y fundamentales, es que ese concepto de Constitución habría de ser previo a la aproximación a cualquier Constitución concreta, pero en realidad no parece posible alcanzarlo, con pretensiones de validez general o tendencialmente universal, sin un examen histórico y comparado de las diferentes constituciones y de los sistemas constitucionales. La Teoría de la Constitución es así, el punto de partida para el análisis de cualquier derecho constitucional vigente, pero al tiempo requiere del conocimiento y estudio de las constituciones históricas y vigentes.

Ello es así porque no cabe imaginar un concepto de Constitución (ni un análisis de sus fundamentos y funciones) cuyo carácter o naturaleza se desvincule de las constituciones reales y concretas. Desde luego, la Teoría de la Constitución implica un análisis general y abstracto del concepto, pero dicho análisis no puede emprenderse sin considerar los específicos sistemas constitucionales. No son la lógica ni el derecho natural los instrumentos que nos permiten conocer el concepto de Constitución, sino la historia, ciencia política y el propio derecho constitucional. Sin el conocimiento de la realidad jurídico-política de los diversos países, no se puede hacer Teoría de la Constitución. El constitucionalismo es, en realidad, un fenómeno cultural que tiene unos orígenes históricos y geográficos determinados; un fenómeno que, con los antecedentes que se quieran señalar, nace en las revoluciones que dan origen a la Edad Contemporánea, y hunde sus raíces en la historia y la cultura occidentales, aunque hoy el concepto se ha extendido, con las variantes y adaptaciones que en cada caso han sido necesarias, a todo el planeta.

Dicho lo anterior, en demasiadas ocasiones observamos cómo se estudia el Derecho Constitucional vigente en un determinado lugar sin la suficiente consideración de sus fundamentos históricos, filosóficos y sociopolíticos y, en definitiva, dejando de lado la teoría constitucional que, sin embargo, es imprescindible para su entendimiento. Ello es algo que hacen muchos de los manuales de Derecho Constitucional, y que de alguna manera debería ir corrigiéndose. Ello por varios motivos:

- a) La Teoría de la Constitución es un instrumento básico y común, que permite el entendimiento y el diálogo entre los diversos sistemas constitucionales. Si no existieran estos fundamentos y bases comunes, los análisis centrados en una concreta Constitución serían completamente ininteligibles para quienes no conozcan ese sistema. Pero no lo son, o no han de serlo, precisamente porque en todos los sistemas constitucionales se utilizan los mismos conceptos y un lenguaje básicamente común.
- b) Vivimos la era de la internacionalización del Derecho Constitucional y de la constitucionalización del Derecho Internacional. En estos procesos de integración supranacional, o al menos de convergencia entre los diversos modelos y sistemas, inevitables en la era de la globalización, la existencia de una Teoría de la Constitución común va a jugar un papel absolutamente capital, ofreciendo una axiología y un fundamento comunes.
- c) Evidentemente, van a seguir existiendo las peculiaridades y características propias en cada sistema constitucional. Ello es además positivo en la medida en que es necesario dar respuestas específicas a los retos y circunstancias particulares de cada sistema. Pero precisamente en esta labor también va a ser un instrumento útil la Teoría de la Constitución. Si esta se hace —como creo que debe hacerse— partiendo de un análisis histórico y político, servirá para poner de relieve qué elementos del constitucionalismo son coyunturales y obedecen a las circunstancias específicas en las que nació, que son propias del mundo occidental en los orígenes de la Edad Contemporánea; pero también para destacar que otros elementos pueden erigirse como pilares fundamentales con pretensión de universalidad, en la medida en que respondan a la axiología esencial del constitucionalismo, como es la necesidad de limitar el poder, asegurar el gobierno democrático y garantizar los derechos humanos. El cumplimiento de estos valores en un concreto sistema constitucional solo es exigible desde una sólida Teoría de la Constitución.

Por ello, todo estudioso del Derecho Constitucional ha de ser capaz de defender una teoría constitucional coherente. Porque aunque siempre debe tenderse al establecimiento de una teoría común, es un hecho que existen diversos conceptos de Constitución. Han existido en la historia y siguen existiendo en la actualidad. Por ello, cada autor puede centrarse en unos u otros elementos del concepto, de la fundamentación y de las funciones de la Constitución. La suma de las diversas aportaciones, y la evolución de la propia doctrina, puede ir marcando pautas más o menos comunes o generalizadas, que nos ayuden a entendernos cuando hablamos de Constitución. Pero al día de hoy sigue sin poder afirmarse que haya un único concepto de Constitución compartido en todos los sistemas y en todas las culturas.

El presente libro pretende poner de manifiesto cuáles son los elementos básicos de la Teoría de la Constitución que defiende su autor. Como suele suceder, como consecuencia de la paradoja antes apuntada, el concepto de Constitución que se defiende no ha sido un presupuesto que se haya definido sólidamente con carácter previo al estudio de los variados temas de Derecho Constitucional español y comparado que quien escribe ha ido abordando a lo largo de cinco lustros. Más bien se ha ido formando poco a poco, de forma paralela y simultánea al análisis de las más variadas cuestiones constitucionales. Aunque siempre he intentado dedicar la atención debida a los temas fundamentales que sirven de base a nuestra disciplina y conforman lo que podemos llamar Teoría de la Constitución, a decir verdad, no he seguido un proyecto ordenado según el cual haya dado prioridad temporal o lógica a esos aspectos. En realidad, creo que ello es comprensible si se considera que, por las razones antes apuntadas, aunque la Teoría de la Constitución sea lógicamente previa al Derecho Constitucional, su análisis requiere un previo conocimiento de los sistemas constitucionales y, desde luego, un cierto grado de madurez que difícilmente se alcanza en los primeros trabajos. De este modo, el concepto, fundamento y funciones de la Constitución que se defiende, ha ido formándose y evolucionando poco a poco, al tiempo que se iban desarrollando diversos estudios de temas constitucionales que se han ido publicando a lo largo de estos 25 años. El mismo entendimiento de la Constitución ha ido evolucionando, y aunque creo que puede decirse que mis ideas actuales no son contradictorias con las que estaban en los presupuestos de mis primeros trabajos, sí he de constatar que quizá he ido evolucionando desde una perspectiva predominantemente jurídico-formal y positivista, a un concepto más material-garantista que implica una previa fundamentación de los valores constitucionales, lo que permite su exigencia en cualquier sistema constitucional.

En esta fundamentación juega un papel importante la historia, ya que actualmente creo que sin un análisis histórico es imposible entender el constitucionalismo y cualquier Constitución. Esa historia e incluso un análisis comparado permiten identificar valores comunes al constitucionalismo, y otros que son más propios de los diversos modelos existentes en cuanto a la organización de los poderes o las garantías constitucionales. Pero desde luego, creo también en un fundamento axiológico último que se sitúa en el concepto de persona y en la preservación de lo que la hace única y exclusiva, de lo que nos hace a todos iguales y cada uno diferente e irrepetible. Me refiero obviamente a la dignidad de la persona, fundamento último de la igualdad y de la libertad, y más allá, de todos los derechos humanos. En cuanto a la organización de los poderes, aparecen otros dos fundamentos que todo sistema constitucional ha de respetar, como son la división de poderes —es decir, la necesidad de limitar y controlar al poder— y el principio democrático. Pero, si bien se mira, estos mismos principios hunden sus raíces también en los derechos, y en definitiva en la dignidad. En efecto, y como ya apuntó Montesquieu, la separación de los poderes es la única vía para garantizar la libertad y, por tanto, no es un fin sino un medio al servicio de los mismos derechos. Y el principio democrático es, en suma, una consecuencia de los derechos de participación política, que permiten a todo ciudadano ser sujeto protagonista de la formación de la voluntad del Estado; ser no solo parte pasiva o súbdito en sus relaciones con el Estado, sino verdadero sujeto de poder, como parte del pueblo soberano.

Las anteriores líneas sintetizan, por tanto, mi actual forma de ver el concepto y significado de la Constitución, así como sus fundamentos. Pero como ya he apuntado, a estas ideas, siempre abiertas a evolución futura, he llegado tras años de trabajo en la materia. El presente libro, en realidad, no es una obra que, a modo de un manual, se haya proyectado de una manera sistemática y global, escribiéndose de una vez. Se trata propiamente de una recopilación de trabajos con el denominador común del análisis de los presupuestos, fundamentos y concepto de Constitución. Se han ido escribiendo en diversos momentos, respondiendo a objetivos parciales y específicos. Algunos no habían sido publicados, mientras que otros lo habían sido de forma dispersa y asistemática.

El resultado, por tanto, no es ni pretende ser un tratado de Teoría de la Constitución, sino un conjunto de estudios, ahora sí ordenados de una manera sistemática y, si bien sin alcanzar la pretensión de un examen exhaustivo o global de los muchos problemas que plantea la Teoría de la Constitución, sí se pretende un estudio más o menos amplio de las principales cuestiones relativas a los fundamentos, concepto y significado de la Constitución. Hay, así, tres trabajos dedicados específicamente

a cuestiones históricas, pues ya he apuntado la importancia que doy a estos aspectos en el entendimiento de la Constitución —de hecho una visión histórica está de algún modo presente en gran parte de los trabajos de la obra—; un trabajo sobre el concepto de Estado moderno como presupuesto de la Constitución; otros tres estudios sobre el concepto de Constitución y sus fundamentos axiológicos; un trabajo sobre la reforma constitucional, en el que se abordan también aspectos como el de poder constituyente y el poder de revisión constitucional; así como un trabajo sobre el concepto de Constitución en el proceso de integración europeo, que se aproxima a la problemática ahora tan actual del llamado constitucionalismo multinivel, si bien desde el análisis de una decisión jurisprudencial concreta, como fue la declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, sobre la Constitución europea (si bien, como es sabido, esta Constitución no llegó a entrar en vigor, el problema y las correspondientes reflexiones siguen plenamente vigentes, *mutatis mutandis*, en relación con los vigentes tratados originarios de la Unión). Por último, se ha incorporado un trabajo monográfico sobre la investigación en Derecho Constitucional, hasta ahora inédito, que recogiendo los presupuestos y fundamentos expuestos en los anteriores estudios, intenta aplicarlos sirviendo de apoyo a los investigadores en Derecho Constitucional que buscan llevar a cabo un proyecto coherente con un previo concepto de Constitución y con sus fundamentos y funciones.

Los trabajos se han revisado y ordenado para esta publicación, que es por tanto única con este formato. Igualmente se ha adaptado en algunos casos el título y algunos otros detalles necesarios para la coherencia de ese libro. Sin embargo, no se ha procedido a una actualización global de cada uno de ellos, no solo porque en general se abordan cuestiones generales y teóricas cuyo interés actual se mantiene, en la humilde opinión de quien escribe; sino también porque si, como se ha indicado, el concepto de Constitución que se defiende ha ido evolucionando con el tiempo y es fruto de años de investigación, parece más lógico y coherente que cada trabajo se presente básicamente como se concibió. Por ello se indican a continuación los trabajos incluidos y su fecha de publicación inicial:

- Constitución e Historia: sobre el valor histórico de la Constitución (2004).
- El fundamento histórico de una forma política: la monarquía parlamentaria (2015).
- La formación histórica del Parlamento contemporáneo: el papel de las Cortes de Cádiz (2014).
- El Estado moderno: soberanía, población y territorio (2001).
- Hacia un concepto de Constitución (2017).

- Los valores como fundamento de la Constitución (1998).
- Constitución abierta vs. democracia militante (1997).
- Consideraciones sobre la reforma de la Constitución (2009).
- Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa (comentario a la declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, de 13 de diciembre) (2005).
- Fundamentos para la investigación en Derecho Constitucional (inédito).

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha
Toledo (España)*

Constitución e historia: sobre el valor histórico de la Constitución

1. EL SIGNIFICADO HISTÓRICO DEL CONSTITUCIONALISMO

Las páginas que siguen pretenden transmitir la idea de que el término “Constitución” posee un sentido y valor esencialmente histórico, fruto de la evolución que se pone de manifiesto en los diversos textos constitucionales; estos ofrecen un legado que puede resumirse en las ideas de la garantía de los derechos, la separación de poderes —que se sintetizan en el Estado de derecho— y el principio democrático, así como el valor de la Constitución como norma suprema.

Pero antes de profundizar en esta idea, conviene apuntar que existen otros posibles usos del término Constitución. Porque en un sentido muy amplio, a veces se utiliza esta denominación para aludir a cualquier forma de organización política, y así, en ocasiones se habla de la “Constitución” de los griegos, en Roma o en la Edad Media. Incluso el término, aun cuando es aplicado a organizaciones políticas preestatales o precontemporáneas, podría en ocasiones contener una cierta referencia normativa, aludiendo al “orden” al que se somete esa organización o a la norma que la regula. Y tampoco ha de negarse la existencia en la Antigüedad clásica de una cierta idea de la necesidad de limitación del poder por la norma.

Pero todo ello no debería inducir a confusión: en sentido propio o estricto, el término o idea de Constitución, tal y como hoy

se entienden, tienen un origen histórico relativamente concreto, que se puede ubicar primeramente en el siglo xvii en Inglaterra, pero sobre todo un siglo después en la Revolución francesa y en la independencia estadounidense. Solo en ese momento se fragua la idea de que la limitación del poder requiere la división de poderes y el reconocimiento y garantía de la libertad de los ciudadanos, y de que ello conlleva, en la mayoría de los casos, la plasmación escrita de estos límites en una o varias normas, que son las básicas en el sistema.

En este contexto, ha de entenderse el significado y la gran aportación histórica del constitucionalismo. La idea de Constitución aparece estrechamente vinculada a la de Estado de derecho y a los derechos fundamentales. Si “Estado de derecho” se refiere en esencia al sistema en el que el poder se somete definitivamente al derecho y ello implica, entre otras consecuencias, la separación de poderes y el principio de legalidad, será preciso el reconocimiento de esta limitación, lo que vienen a hacer las primeras constituciones contemporáneas. Y si todo ello tiene como finalidad última, como el propio Montesquieu apuntaba, la preservación de la libertad, la Constitución viene a cumplir —o al menos, a intentar cumplir— la inexcusable función de reconocimiento y garantía de los derechos. Estos principios se imponen en el momento histórico en el que surge el Estado contemporáneo. Desde esta perspectiva, Estado contemporáneo, Estado constitucional y Estado de derecho son expresiones que tienen bastantes elementos de sinonimia.

Este entendimiento histórico de Constitución es, a mi juicio, imprescindible para entender muchas cosas. En primer lugar, el “prestigio” del término Constitución, que ha provocado que muchos regímenes políticos no basados precisamente en los principios antes apuntados hayan buscado, sin embargo, la utilización de esa denominación para aplicarla al texto normativo básico del Estado. O también el actual significado jurídico y político de la Constitución, que es fruto de una evolución de siglos en la que se han ido actualizando los principios, valores, y requisitos originarios, al tiempo que se iban incorporando otros nuevos, pero manteniendo siempre la idea inicial surgida en los procesos revolucionarios que abren la Edad Contemporánea. Veámoslo con algún detalle.

2. LOS VALORES IMPLÍCITOS EN EL TÉRMINO “CONSTITUCIÓN” Y SU SENTIDO GARANTISTA

El constitucionalismo surge como respuesta a la necesidad de limitar el poder absoluto que el monarca había tenido desde los orígenes del Estado moderno. No es posible realizar aquí un examen profundo de las circunstancias históricas que convergen en los orígenes de la Edad Contemporánea para que surja esta necesidad, sino que basta apuntar que entre las mismas, además de las ideas propias de la Ilustración y fundamentos teóricos como los de Locke, Montesquieu o Rousseau, está la pujanza de la burguesía como clase social. Esta necesita un contexto que garantice sus iniciativas políticas y económicas, y lo encuentra en el reconocimiento de ciertas libertades; y requiere también intervenir en las decisiones políticas, lo que implica órganos de decisión en los que esté representada. Ahora bien, por más que puedan destacarse las ventajas que las revoluciones ofrecieron a la burguesía, hay que poner de relieve el gran avance que este cambio supuso en relación con la situación anterior, en términos de limitación del poder absoluto.

Desde la perspectiva de la búsqueda del significado histórico del constitucionalismo, esto es lo más trascendente. Es necesario limitar al poder. Y esta limitación pasa por el derecho, pero no por cualquier derecho. Para que el poder este realmente limitado, es necesario que el mismo se someta al derecho. Resulta también imprescindible que este derecho sea creado y aplicado por procedimientos en los cuales participen órganos de poder que aparecen separados, limitándose y controlándose recíprocamente. Y en fin, la limitación del poder requiere también el establecimiento y la garantía de “ámbitos reservados”, espacios que ni el poder ni el derecho pueden invadir. Esto justifica el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales. Por eso, aunque parezca una obviedad, no cualquier Estado “con derecho”, es un “Estado de derecho”, ya que este último solo existe allí donde el derecho es realmente un instrumento de limitación del poder, reconociéndose el imperio de la ley, la separación de poderes y los derechos fundamentales.

Y estos son, precisamente, los elementos que están en la base del concepto de Constitución. Es conocida la expresión del ar-

título 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”. Se trata quizá de la expresión más sintética y cabal de lo que podríamos denominar “concepto garantista” de Constitución (aunque otros autores prefieren referirse a esta idea como “concepto político”).

Esta idea o concepto está presente hasta la actualidad, de manera que la Constitución nunca ha perdido su función garantista, que forma parte además de su propia esencia. Sin embargo, los valores o ideas que se tratan de garantizar han sido completados con el paso del tiempo. Porque, en efecto, antes sugeríamos que el resultado de las revoluciones que dieron inicio al Estado contemporáneo supusieron la garantía de la posición de la burguesía. Pero la evolución del mismo durante más de dos siglos ha provocado la incorporación de nuevas exigencias y necesidades surgidas de los cambios y procesos históricos habidos, como fruto de las luchas y las conquistas sociales del proletariado durante el siglo XIX y primer tercio del XX.

Por un lado, los derechos fundamentales, que desde el origen del constitucionalismo forman parte de la esencia garantista del mismo, han ido creciendo e incorporando nuevas exigencias. De este modo, se ha pasado de un reconocimiento casi exclusivo de los derechos de libertad, que eran los que en el sistema imperante más interesaban a la burguesía —que además venía a ser en la práctica la exclusiva titular de los derechos políticos, como se verá—, a la plasmación de derechos de ámbito social y económico, que son universales y por tanto predicables de todos, pero particularmente favorecen a las clases trabajadoras y a las más necesitadas. Aparecen así derechos como la educación, la sanidad, la seguridad social, los derechos laborales... Y posteriormente, derechos destinados exclusivamente a los sectores más necesitados: infancia, tercera edad, mujer, personas con discapacidad... Sin olvidar las “nuevas generaciones” que incluyen derechos de titularidad genérica o difusa, como el medioambiente u otros en relación con los posibles excesos de la informática o de los avances y descubrimientos científicos.

Desde luego, este proceso de extensión y universalización de los derechos, que comienza en el primer tercio del siglo xx y prosigue siempre abierto, plantea no pocos problemas, no siendo el menor de ellos la dificultad para garantizar efectivamente los derechos de prestación, cuyo mero reconocimiento constitucional, aisladamente considerado, no significa prácticamente nada en términos de satisfacción de las necesidades y exigencias que están en su base. Pero ahora lo importante es destacar que como fruto de esta evolución, los derechos fundamentales que están en la base del sentido garantista de la Constitución son todos los que son objeto de reconocimiento en el constitucionalismo actual, lo que supone una muy significativa revisión y ampliación del propio concepto de Constitución en el sentido visto.

Por otro lado, pero en estrecha relación con la idea que acabamos de exponer de extensión de los derechos, la necesidad de universalizar los derechos de participación política conllevó una exigencia de democratización del Estado y del propio concepto de Constitución. Hay que tener en cuenta que en el primer constitucionalismo, la idea de soberanía nacional fue entendida en la práctica como justificación del sufragio restringido o censitario, que por unas u otras vías y fundamentaciones venía a plasmarse en la consagración de la burguesía como titular de los derechos de participación política (aparte de la exclusión en bloque de mujeres o personas de determinada raza, por su condición de esclavos, de la titularidad de estos derechos). De esta manera, el Estado liberal decimonónico y el concepto de Constitución a él subyacente no incluían entre sus elementos fundadores o definidores el principio democrático tal y como hoy se entiende, ya que, en definitiva, la inmensa mayor parte de la población quedaba excluida del derecho a participar en la formación de la voluntad estatal. Pero los procesos históricos del siglo xix van imponiendo la exigencia de extensión del sufragio, tanto a las clases sociales que inicialmente quedaron excluidas de este derecho por el incumplimiento de las exigencias de acceso al mismo (inscripción censal, pago de impuestos...), como a los colectivos que por su raza o por su sexo habían quedado inicialmente apartados de la participación política.

El resultado de este largo proceso, en lo que ahora interesa, es que el concepto de Constitución —centrándome en la pers-

pectiva político-garantista a la que ahora me estoy refiriendo—incorporará también el principio democrático, de manera que no puede hablarse de régimen constitucional en este sentido allí donde no hay democracia, lo que implica la participación política de todos en un sistema en el que cabe elegir entre diversas opciones políticas.

En fin, el concepto o idea garantista de Constitución, que hunde sus raíces en el mismo origen histórico del constitucionalismo, sigue siendo hoy un pilar fundamental en la definición de Constitución, pero los conceptos que el mismo engloba han crecido y aumentado hasta el punto de que, parafraseando la Declaración de 1789, hoy podríamos decir que “toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de todos los derechos que responden a las necesidades actuales del hombre, ni determinada la separación de poderes, ni esté gobernada de acuerdo con las exigencias del principio democrático, no tiene Constitución”.

3. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA Y SU GARANTÍA JURISDICCIONAL

Con todo, el concepto garantista de Constitución al que he venido aludiendo es básicamente un concepto político. El mismo no alude propiamente a la existencia de una norma escrita ni al valor o jerarquía de la misma, sino al reconocimiento de determinados principios que suponen básicamente un límite al poder.

Sin embargo, lo cierto es que desde los orígenes de la Edad Contemporánea, y quizá con la excepción relativa del constitucionalismo británico, estos límites se han plasmado habitualmente en textos escritos con vocación normativa. Y de hecho, en el concepto actual de Constitución no cabe prescindir de este elemento jurídico. Desde esta perspectiva, no parece que pueda hablarse de Constitución en sentido propio o estricto allí donde no existe un texto jurídico escrito y vinculante que regule los poderes del Estado y las relaciones de estos con los ciudadanos con esa finalidad de limitación al poder.

Si bien se mira, las dimensiones política y jurídica del concepto de Constitución están estrechamente vinculadas. El concepto

garantista en el sentido visto tiene como finalidad establecer una limitación del poder y preservar los derechos de los ciudadanos. Pero la experiencia histórica ha demostrado que ello es prácticamente imposible si no existe una norma —o varias— que recoja y garantice esos límites al poder. Y, con escasas excepciones, esa norma ha de estar contenida en un texto escrito, que además debe ser jurídicamente vinculante para los poderes públicos y, en su caso, para los propios ciudadanos. Naturalmente, asegurar este carácter jurídicamente vinculante requiere de garantías, que han de poseer igualmente carácter jurídico. En definitiva, el concepto jurídico de Constitución debe entenderse al servicio de su función garantista, e históricamente así ha sido.

Ahora bien, la vinculación entre los conceptos político-garantista y jurídico no es tal que permita la identificación de ambos, o que los haga inescindibles. Teóricamente, cabe un texto jurídico vinculante que no sirva a esa finalidad garantista, e incluso, cabe imaginar un sistema en el que la finalidad de limitación del poder a través de la división del mismo y el reconocimiento de los derechos pueda encontrarse sin que se vea recogida en una norma o, por mejor decir, sin que aparezca en una norma jurídica *escrita*.

En la práctica, este último supuesto es menos frecuente y, de hecho, quizá solo cabría pensar en una situación relativamente parecida en el caso del constitucionalismo británico, pero en realidad este no carece por completo de normas escritas y, sobre todo, lo importante es que el conglomerado de normas escritas y consuetudinarias vienen a establecer la limitación del poder mediante la separación de los poderes y el reconocimiento de las libertades de los ciudadanos. De tal manera que, en realidad, puede afirmarse en este caso que además de la función garantista, existe el elemento jurídico del concepto de Constitución, aunque con importantes peculiaridades relativas a la “forma” de esa norma y a los instrumentos de garantía de la misma. El supuesto contrario —norma jurídica escrita sin función garantista— sí ha podido encontrarse, por desgracia, en la realidad, sobre todo en aquellos regímenes no democráticos o negadores de los derechos fundamentales que, sin embargo, han adoptado como norma básica un texto escrito más o menos vinculante, al que han denominado Constitución. Sin embargo, la cuestión es si propiamente puede hablarse en estos casos de “Constitución”. En mi opinión, desde

la perspectiva que se mantiene, ello no puede afirmarse en sentido propio o estricto, pues lo contrario sería tergiversar el significado histórico de un término, que viene unido inevitablemente a su función garantista. En suma, para no desvirtuar el sentido histórico del constitucionalismo, hablar de Constitución en sentido propio requiere aunar la presencia de los elementos político-garantista y jurídico, y solo en un sentido impropio o meramente formal puede utilizarse el nombre “Constitución” para aludir a cualquier texto escrito fundamental de un Estado que adopte esa denominación, sin servir a esa función de garantía.

Creo que el análisis histórico-jurídico confirma estas ideas. Sin perjuicio de que más adelante se insista en las diversas corrientes del constitucionalismo, hay que apuntar ahora que en Estados Unidos, la presencia de una Constitución como texto escrito tendente a organizar los poderes de acuerdo con el principio de separación y a reconocer los derechos, requirió muy pronto de una garantía de su carácter jurídico, y de su superior valor jerárquico en relación con el resto del ordenamiento que, como es sobradamente conocido, vino dada por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia *Marbury vs. Madison* (1803). De no haber sido así, la pérdida del carácter jurídico supremo de la Constitución habría conllevado, en definitiva, la imposibilidad de cumplir su función garantista, con lo que ambos sentidos del concepto habrían desaparecido.

Sin embargo, en Europa, y a pesar de que desde la Revolución francesa existieran textos equiparables —a los efectos que ahora interesa destacar— con la Constitución de Estados Unidos, y cuya “vocación jurídica” podía ser la misma, finalmente no se impone la idea del carácter jurídicamente vinculante y supremo de esos textos durante todo el siglo XIX. Más adelante se incidirá en los factores que permiten explicar este fenómeno, ahora basta apuntar que durante más de un siglo, y en líneas generales, los textos denominados “constituciones”, aunque en muchos casos apuntaban a la idea de limitación del poder mediante el reconocimiento de la separación de poderes y los derechos fundamentales, no tuvieron propiamente carácter jurídico-vinculante, entendiéndose más bien como textos de valor meramente orientador o político. Y ello, en definitiva, afectaba también en alguna medida a su función político-garantista, la cual, a pesar de estar presente

en estos textos, difícilmente podía cumplirse cabalmente por un texto sin carácter propiamente jurídico y carente de garantías, ya que, en suma, las vulneraciones que al mismo pudieran producirse carecían de sanción jurídica. Por ello, desde un punto de vista estricto, estos textos carecían de uno de los elementos básicos del concepto de Constitución y, en este sentido, no eran propiamente tales. Así se ha podido hablar de “constitucionalismo sin Constitución” o “derecho constitucional sin Constitución”. Esta situación cambia precisamente cuando se establecen mecanismos jurídicos de garantía del texto constitucional, a partir de 1920, lo que en definitiva conlleva la existencia, también en Europa, de constituciones, entendidas no solo como textos que regulan el poder con una finalidad de limitación —que luego no siempre podía verse cumplida—, sino como normas jurídicas supremas, que prevalecen sobre el resto del ordenamiento, asegurando así esa finalidad garantista. Pero a esta cuestión me referiré enseguida con más detalle.

4. LAS GRANDES CORRIENTES DEL CONSTITUCIONALISMO: EL CONSTITUCIONALISMO BRITÁNICO, EL FRANCÉS Y EL ESTADOUNIDENSE

Una vez repasados brevemente lo que creo son elementos esenciales del concepto de Constitución, y sin abandonar la perspectiva histórica, conviene destacar que desde los orígenes del constitucionalismo, pueden encontrarse tres “modelos” o corrientes que, aun compartiendo las ideas y principios esenciales de Estado de derecho, separación de poderes y derechos fundamentales, poseen marcadas características propias, sin perjuicio de las influencias recíprocas y de las posteriores repercusiones de varios de ellos en otros sistemas constitucionales. Se pueden apuntar algunas ideas sobre cada uno de estos modelos.

4.1. El constitucionalismo británico

Inglaterra es sin duda la patria del constitucionalismo, pues el modelo constitucional británico es el primero en el tiempo;

pero es también el más peculiar. Aparentemente, los actuales sistemas constitucionales estarían más vinculados al modelo francés, al estadounidense o a ambos, pero hay que tener en cuenta que estos modelos aparecen a su vez fuertemente influidos por el constitucionalismo británico, que está, por tanto, en la base de la propia idea de Constitución, al menos en su sentido político-garantista. Y ello en un sistema que hoy, a pesar de la existencia de numerosos textos materialmente constitucionales, carece de una única Constitución escrita cuyo valor prevalezca jurídicamente sobre el de las leyes; de hecho, algunos textos del constitucionalismo inglés son precisamente leyes. Por lo anterior, si entendiéramos por Constitución, desde una perspectiva formal, la norma jurídica escrita, suprema, que prevalece sobre las leyes y no puede ser modificada por ellas, tendríamos que afirmar que Inglaterra no tiene Constitución. Sin embargo, la perspectiva político-garantista recoge otros elementos, en cuya base encontramos, en buena medida, el propio constitucionalismo inglés.

Sintéticamente, puede afirmarse que la Constitución inglesa se caracteriza por la importancia de las costumbres y de las decisiones judiciales, que se unen a diversos textos escritos por su flexibilidad, en tanto en cuanto esos textos pueden ser modificados por el Parlamento, y por la soberanía o preeminencia de este dentro del sistema, todo ello en el marco de la fuerte influencia de la tradición histórica.

Las características peculiares de este modelo pueden entenderse si se atiende a la historia inglesa. En la Edad Media, a partir del siglo XIII, surge junto al rey la representación de los estamentos, que se reúnen dando origen al Parlamento. Precisamente en este siglo encontramos el primer texto que supone una limitación del monarca mediante el reconocimiento de ciertos “derechos” o privilegios —ya que solo afectaban a una minoría de la población—: la *Carta Magna* del rey Juan (1215). A partir de ahí, la historia del constitucionalismo inglés es la de la lucha del Parlamento por restar poder a la Corona, hasta terminar afianzándose la soberanía de aquel. Y este proceso se produce de forma básicamente continua, apareciendo los avances más significativos en el siglo XVII; las “revoluciones” de este siglo, incluida la llamada “Revolución gloriosa” de 1688, no son propiamente equiparables

a la que un siglo después presenciaria Francia, sino que suponen puntos de inflexión en ese largo proceso.

Ciertamente, la aparición de los parlamentos en la Baja Edad Media no es un fenómeno exclusivo de Inglaterra, y así pueden encontrarse, con diversas denominaciones —asambleas, cortes—, en Francia o en los reinos de Castilla y Aragón. Pero en la Edad Moderna, con el surgimiento de las monarquías absolutas, estas asambleas dejan de ser convocadas y prácticamente desaparecen por diversos factores, entre los cuales no es el menor el hecho de que el monarca cuenta con otras fuentes de financiación alternativas (Hacienda Real, préstamos, oro de América...), por lo que no necesita de forma imperiosa recabar exacciones a los estamentos representados, teniendo en cuenta que a cambio de ello debería tener en consideración sus peticiones y aceptar una cierta limitación de su poder. Cuando a partir de la Revolución francesa vuelven a convocarse las Asambleas en Francia, y luego en otros Estados europeos, estas tienen ya poco que ver con los primitivos parlamentos medievales. Sin embargo, y como ya he destacado, en Inglaterra nunca se produce esa ruptura, siendo el Parlamento contemporáneo fruto de una evolución secular ininterrumpida, si bien con significativos cambios producidos en el siglo XVII, que tienden precisamente a acrecentar su papel en el sistema.

Como resultado de esa configuración del Parlamento y de sus relaciones con el ejecutivo, el constitucionalismo británico aporta al mundo el sistema parlamentario, que tanta influencia ha tenido, sobre todo en Europa, donde hoy es mayoritariamente adoptado en las constituciones vigentes. Según este modelo, como es sabido, el primer ministro —que con el tiempo sustituirá en la práctica al monarca como cabeza del poder ejecutivo— tiene un origen parlamentario y ambos poderes pueden “derribar” o acabar con el otro, pues la confianza parlamentaria con la que ha de contar el ejecutivo puede retirarse, haciendo caer al Gobierno en pleno; y, a la inversa, la cabeza del ejecutivo —aunque a efectos formales lo haga el rey— puede disolver el Parlamento.

Pero no es esta la única gran aportación del constitucionalismo británico, ya que el mismo está en la base de algunas de las ideas fundamentales presentes en el concepto de Constitución,

como son el Estado de derecho, la separación de poderes y los derechos fundamentales. En efecto, el principio del *rule of law*, aunque por su peculiaridad no tenga fácil traducción, implica en definitiva el sometimiento del poder al derecho, y está en la base del concepto de Estado de derecho. La separación de poderes encuentra su fundamentación en los escritos de Locke; baste señalar que la obra del inglés es varias décadas anterior a la de Montesquieu y que el capítulo de *El espíritu de las leyes* dedicado a la separación de poderes lleva por título “De la Constitución de Inglaterra”, aunque suele destacarse que la descripción allí realizada no se correspondía adecuadamente con el sistema efectivamente vigente en Inglaterra. En fin, por lo que se refiere al reconocimiento de los derechos, aparte de las fundamentaciones del propio Locke, conviene destacar que el constitucionalismo británico ofrece las primeras declaraciones, que, dejando a un lado antecedentes más remotos, son prácticamente un siglo anteriores a las de Francia o Estados Unidos.

4.2. El constitucionalismo francés

A diferencia de lo que sucede en Inglaterra, el constitucionalismo francés surge de un proceso plenamente revolucionario, que supone una abierta ruptura con el régimen anterior. Mientras en Inglaterra la evolución a la que antes he aludido había provocado que ya en el siglo XVIII pudiera hablarse de monarquía constitucional, en Francia el poder absoluto del monarca se había mantenido hasta finales de este siglo. La Revolución francesa supone así el tránsito de la monarquía absoluta al Estado de derecho, iniciando lo que se conoce como Edad Contemporánea. La influencia de este proceso, y del constitucionalismo que del mismo deriva, en toda Europa continental y en alguna medida en todo el mundo, es enorme. Los rasgos del constitucionalismo francés pasarán a ser los de todo el constitucionalismo europeo, teniendo en cuenta, además, que en buena parte del continente existe una situación histórico-política muy similar. Todo ello pese a que el proceso de implantación de los valores que subyacen a la idea de Constitución fue mucho más lento y costoso, no solo por los demasiado frecuentes periodos de “involución”, sino

porque la implantación efectiva de la idea del carácter jurídico y supremo de la Constitución requeriría prácticamente 130 años.

Los fundamentos doctrinales de todo este proceso pueden encontrarse, entre otros, en Montesquieu, en Rousseau y en Sieyès. El primero, con su diseño de la idea de la separación de poderes que, si bien es posterior al de Locke, es bastante más acabado que el de este, sobre todo por lo que se refiere al poder judicial. Por su parte, Rousseau aporta la justificación del concepto contemporáneo de ley y la fundamentación más profunda de la democracia y de la soberanía popular, aunque sus ideas a este respecto —con su defensa radical de la democracia directa— no llegaron a implantarse. En cambio, las ideas de Sieyès sobre la soberanía nacional tuvieron finalmente más éxito práctico, sobre todo durante el siglo XIX, y aparecen en la base del sufragio censitario y en la idea del Parlamento como mejor depositario de la soberanía y órgano capacitado para expresar la voluntad nacional.

No es posible aquí realizar un examen detenido de este proceso revolucionario y de las diversas constituciones y declaraciones de derechos que el mismo conllevó. Simplemente cabe apuntar que vuelven a estar presentes las ideas de separación de poderes, sistema parlamentario, limitación del poder del rey por el Parlamento o Asamblea y reconocimiento de los derechos como ámbito de inmunidad o limitación del poder.

Quizá lo más interesante es destacar que, a diferencia de lo sucedido en Estados Unidos, como resultado de este proceso no se implanta inmediatamente una idea de Constitución como norma jurídicamente vinculante y superior a las demás, sino que finalmente triunfa la concepción del documento constitucional como un texto de valor principalmente político, que no vincula a los poderes públicos y, en particular, no limita efectivamente la soberanía del Parlamento. Esta circunstancia es trascendental, porque determinará la característica fundamental y común al constitucionalismo europeo durante más de un siglo.

Las circunstancias o factores históricos permiten quizá explicar los motivos de esta ausencia de carácter jurídico vinculante. El objetivo fundamental de la Revolución francesa fue mermar el poder del rey a favor del Parlamento. Y a partir de este momento se abre un proceso, con avances y retrocesos, en el cual el Par-

lamiento va ganando poder, pasando de la monarquía absoluta, previa a la Revolución, a la soberanía compartida bajo la fórmula de monarquía limitada y, finalmente, a la monarquía constitucional o parlamentaria; e incluso, en algunos casos, a la república. Ello explica el auge del sistema parlamentario en Europa, ya que este modelo permite al legislativo “entrometerse” en el ejecutivo, dando investidura parlamentaria al presidente o primer ministro y pudiendo retirarle la confianza. Pero ello supone también, en lo que ahora interesa, que el objetivo fundamental durante el constitucionalismo europeo del siglo XIX no era limitar jurídicamente la acción del Parlamento, sino más bien fortalecer a este poder frente al monarca. Y para lograr este objetivo no “interesa” un texto constitucional que se interprete como una norma jurídicamente vinculante y superior a todas las demás, en particular a la ley, pues ello significaría, como sucedió en Estados Unidos, el control de constitucionalidad de la obra legislativa y, en definitiva, un nuevo límite al Parlamento (por lo demás, la revisión judicial de la ley era difícilmente imaginable en un contexto de recelo hacia el poder judicial, proveniente del Antiguo Régimen). Para lograr el objetivo resulta más útil entender la Constitución como un texto político dedicado fundamentalmente a establecer los límites del poder del monarca y a regular los poderes, funciones y actividad del Parlamento. En suma, todo el sistema se organiza en torno a la idea de fortalecimiento del legislativo, en el que aparece representada principalmente la burguesía. Y todo ello conlleva un modelo flexible de separación de poderes.

Pero esta situación traería como consecuencias más o menos “colaterales” la ausencia de límites jurídicos efectivos para el propio Parlamento, lo que en definitiva supone que el reconocimiento de los derechos constitucionales —que, por lo demás, no en todos los textos de la época se incorporaron— quedaba carente de garantía jurídica.

Sin embargo, en el primer tercio del siglo XX se inician cambios trascendentales en el constitucionalismo europeo. Aparte de originarse lo que se puede denominar “constitucionalismo social y democrático”, aspecto al que me referiré más adelante, surge también la necesidad de un control jurídico de la Constitución, que empieza así a entenderse como norma jurídica suprema. La crisis del Estado liberal —que implica el fortalecimiento

del ejecutivo—, la necesidad de garantizar jurídicamente los límites al legislador, el mayor desarrollo de los derechos fundamentales que implica la necesidad de su garantía y la existencia o el surgimiento de Estados federales son, entre otros, factores que están en la base del origen de la justicia constitucional en Europa. Pero esta función no podía ya encomendarse al poder judicial ordinario, que había renunciado a ejercerla durante más de cien años, teniendo en cuenta, además, que en la tradición europea se había configurado el principio del sometimiento del poder judicial a la ley, entendida esta en sentido formal, lo que supone la imposibilidad de inaplicarla. Todo ello provoca que la justicia constitucional debiera encomendarse a un órgano especializado, como son los tribunales constitucionales que derivan del diseño kelseniano implantado en Austria en la Constitución de 1920, y que tanta difusión tendría posteriormente en Europa, e incluso en América. De esta forma sintéticamente explicada, el constitucionalismo europeo, que tuvo su origen en la Revolución francesa, tuvo que esperar más de un siglo para entender el texto constitucional como norma jurídica suprema.

4.3. El constitucionalismo estadounidense

Los orígenes del constitucionalismo en Estados Unidos son posteriores al constitucionalismo británico, pero ligeramente anteriores al francés. Realizamos aquí esta breve exposición, abandonando un criterio temporal estricto —en realidad, el proceso estadounidense y el francés pueden considerarse casi simultáneos—, porque estimamos que de esta manera pueden apreciarse mejor las peculiaridades de este proceso constitucional, por contraste con las existentes en Europa. Además, y si bien las influencias pueden ser mutuas, hay que destacar que entre los fundamentos doctrinales del constitucionalismo estadounidense —que se manifiestan en escritos propios, como los de *El federalista*— está presente la influencia británica —entre otros, Locke y el iusnaturalismo racionalista— y la francesa, por ejemplo, la de Montesquieu. Sin embargo, en Estados Unidos el constitucionalismo adopta perfiles propios, siendo de destacar como aportaciones más relevantes la forma presidencialista de gobierno, el

sistema federal, y la temprana adopción de la “revisión judicial” (*judicial review*) de las leyes, que en definitiva implica la supremacía jurídica de la Constitución.

Estas características se explican, de nuevo, teniendo en cuenta el peculiar contexto histórico de la independencia de las trece colonias. Estas pasan a configurar estados independientes, pero en un breve espacio de tiempo se pasa de la Confederación (1777) a la creación de un único Estado federal (1787). Se trata de la primera experiencia de este tipo, si bien el modelo se extendió posteriormente por todo el mundo. Se procede, por tanto, a la creación de un Estado *ex novo*, y la ausencia de una monarquía a la que hubiera que restar poder determina la configuración de la división de poderes adoptada.

En efecto, en el esquema tripartito de la separación de poderes y ante la ausencia de monarquía, el poder tendencialmente más fuerte era el legislativo, que expresa la voluntad popular democrática. Por ello, y a diferencia de lo que sucede en Europa, el interés fundamental no es fortalecer al legislativo en detrimento del ejecutivo, sino justamente lo contrario. Se estima que el peligro fundamental podría ser la “tiranía del legislativo”, toda vez que los otros poderes aparecen sometidos a la ley. Por ello se diseña un sistema rígido de separación de poderes, fuertemente influido por Montesquieu, en el cual el legislativo no interviene en la formación del ejecutivo ni puede luego hacerle caer retirándole una confianza parlamentaria que el propio ejecutivo no precisa, pues posee legitimidad democrática directa. Las relaciones entre los poderes se basan en la “facultad de impedir”, de tal manera que las intervenciones mutuas son más bien de carácter negativo —veto presidencial, necesidad de aprobación parlamentaria de ciertas decisiones presidenciales...—. Se establece así un sistema de *checks and balances* —frenos y contrapesos— entre los distintos poderes. Por su parte, la necesidad de “debilitar” al poder legislativo se manifiesta también en la existencia de dos cámaras separadas e independientes —una de las cuales se justifica también por la propia estructura federal del Estado—, e igualmente relacionadas entre sí por la mutua “facultad de impedir”.

Estas mismas circunstancias están presentes de igual modo en el origen de la revisión judicial de las leyes. Si bien la Consti-

tución de 1787 disponía que “esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella [...] serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos [...]”, lo cierto es que no establecía expresamente el control de constitucionalidad de la ley ni lo encomendaba a ninguno de los poderes. No obstante, esta función fue tempranamente asumida por el poder judicial a partir de la celeberrima sentencia de Marshall en el asunto *Marbury vs. Madison* (1803), instaurando el sistema difuso de justicia constitucional, que tantas influencias ha tenido, y no solo en América. La trascendencia de la *judicial review* es extraordinaria, ya que la misma implica, junto a la rigidez constitucional también establecida en el texto de 1787, la afirmación práctica de la supremacía de la Constitución y su consideración definitivamente jurídica, al tiempo que justifica y manifiesta la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Toda una teoría de la Constitución llevada a la práctica.

En fin, hay que destacar la enorme influencia del constitucionalismo de Estados Unidos. En las constituciones del resto del continente americano, y sobre todo en el siglo XIX, la huella del sistema jurídico-constitucional de Estados Unidos fue evidente, aunque también adoptaron otras influencias, en particular las europeas, hasta configurar un modelo constitucional propio y muy interesante, digno de un estudio específico. Pero el constitucionalismo estadounidense influyó e influye también en Europa, de tal manera que la mutua red de influencias ha ido provocando con el tiempo una aproximación cada vez más acusada.

5. EL DESARROLLO DEL CONSTITUCIONALISMO: DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

Apuntadas sucintamente las características propias de las tres grandes tendencias que aparecen en el origen del constitucionalismo, hay que referirse a la evolución de las mismas. Si bien los rasgos peculiares se han mantenido, esta evolución manifiesta una cierta aproximación, como acabamos de apuntar. Pero ahora me interesa destacar que muchos elementos y factores

del desarrollo del constitucionalismo son comunes, si bien pueden traducirse de forma distinta en cada uno de los modelos o corrientes.

En Europa y en América, el resultado del constitucionalismo revolucionario es un Estado de derecho que inicialmente tiene un marcado carácter liberal en lo político y en lo económico, lo que en definitiva supone un sistema que beneficia a la burguesía y que se mantiene así durante más de un siglo. Pero las desigualdades sociales que inevitablemente provoca y aumenta el sistema, las ideas marxistas, el surgimiento de una clase proletaria consciente y que comienza a reivindicar sus derechos y el surgimiento de partidos de clase y de sindicatos, entre otros factores, hacen entrar en crisis al Estado liberal. Esta crisis se hará más evidente en el primer tercio del siglo xx, y así, en la Europa de entreguerras surgen alternativas a ese modelo de Estado, como los sistemas socialistas —a partir de la Revolución rusa— y los sistemas fascistas y dictaduras autoritarias. Ambos tipos de sistemas suponen una ruptura con los principios del constitucionalismo encarnados en la idea de Estado de derecho y ambos condujeron, a mi juicio, a un callejón sin salida, a una “vía muerta”, si bien esto resultó evidente mucho antes por lo que se refiere a los sistemas fascistas.

Pero lo más importante es que el Estado de derecho y el propio constitucionalismo fueron capaces —quizá porque no tuvieron más remedio— de reaccionar ante su propia crisis, de “reciclarse” incorporando nuevos principios y valores que vinieron a añadirse a los que ya estaban implícitos en el Estado de derecho. No se trató, por tanto, de una ruptura con el Estado anterior, sino de una evolución muy significativa del mismo. Sin renunciar a las ideas de separación de poderes, Estado de derecho y garantía de los derechos de libertad, se universalizó la participación política y el Estado se “socializó”. Desde el punto de vista económico y social, se pasa del *laissez faire* al Estado intervencionista. Esto repercutió también en la configuración y distribución de los poderes, pues un Estado social requiere un ejecutivo y una Administración fuerte para poder hacer frente a las prestaciones que conlleva el reconocimiento de derechos sociales y económicos, en detrimento del Parlamento.

De esta forma, y en primer lugar, precisamente en esta época se va implantando efectivamente el sufragio universal masculino y femenino, lo que democratiza al Estado. Y, en segundo lugar, se van reconociendo nuevos derechos de carácter social y económico (trabajo, salud, educación, etc.) que se incorporan a los textos constitucionales, lo cual empieza a advertirse desde el final de la Primera Guerra Mundial (constituciones de México de 1917, Weimar de 1919 o la española de 1931), pero se hace sobre todo evidente tras la Segunda Guerra Mundial (Constitución de Italia de 1947, Ley Fundamental de Bonn de 1949 y otras posteriores). Todo ello, y aun reconociendo las especiales dificultades para garantizar jurídicamente los derechos de prestación, hace que el Estado de derecho liberal se transforme en un Estado de derecho democrático y social, por utilizar la expresión de la Ley Fundamental de Bonn. En Estados Unidos, ello no supone reformas constitucionales de relevancia, pero sí una nueva política (a partir del *New Deal* de Roosevelt) y una nueva interpretación del concepto de libertad recogido en la Constitución.

En la misma época de entreguerras, en Europa se produce también la implantación de un sistema concentrado de justicia constitucional que supone la garantía definitiva del carácter de norma suprema de la Constitución, a partir de los textos de Austria y Checoslovaquia de 1920. Surgen así, con diversas denominaciones, los tribunales constitucionales, que en Europa se extenderían por España (Constitución de 1931), Italia (1947), Alemania (1949) y otros países europeos, y posteriormente al Este de Europa, a algunos países de Iberoamérica y a otros rincones del planeta.

En fin, la evolución del constitucionalismo no se detiene ahí, sino que los textos constitucionales posteriores, recogiendo la herencia de toda esta evolución, van incorporando nuevos derechos y valores, como la protección del medioambiente, o frente a los abusos de la informática desde los años setenta o la protección frente a ciertos avances genéticos desde finales de los noventa. Van surgiendo así “nuevos derechos”, que habitualmente son reconocidos en primer lugar por la jurisprudencia, incorporándolos vía interpretativa a los catálogos ya existentes y, posteriormente, van apareciendo de forma expresa en los nuevos textos constitucionales. De esta forma, y tras la universalización en

la titularidad de los derechos, se pasará paradójicamente al reconocimiento de otros derechos predicables de sectores específicos de la sociedad —trabajadores, mujeres, menores, tercera edad, personas con discapacidad...—, y posteriormente a la incorporación de otros cuya titularidad es genérica o difusa —medioambiente, protección frente a posibles excesos de la genética que pudieran afectar a la dignidad humana...—.

6. EL VALOR ACTUAL DEL CONSTITUCIONALISMO

Toda la exposición anterior ha tratado de poner de relieve que el concepto de Constitución es fundamentalmente un concepto histórico. La Constitución, en el sentido que hoy damos al término, no es algo que haya existido siempre, sino que es fruto de un origen concreto y de una evolución y desarrollo posterior. Igual sucede con el propio Estado, aunque los orígenes de este son algo anteriores. Todos los conceptos, ideas e instituciones históricas nacen, se desarrollan e igualmente pueden desaparecer. De hecho, el concepto de Estado ha sufrido profundas transformaciones y probablemente hoy asistimos a una crisis esencial del mismo, debida al nuevo escenario mundial, la globalización, los avances en las comunicaciones, las organizaciones internacionales y supranacionales, los procesos de integración, etc., que hacen que el Estado ya no pueda entenderse como se ha hecho durante siglos y que permiten imaginar un momento en el que este tipo de organización política, tal y como hoy se concibe, se vea definitivamente superado.

También el concepto de Constitución ha sufrido una significativa evolución histórica, que sucintamente he tratado de apuntar. A lo largo de la misma se han ido incorporando nuevos valores y ampliando el catálogo de derechos incluidos. Pero en ningún momento de esa evolución se han superado los valores originarios del Estado de derecho, la limitación del poder, la separación de poderes, los derechos fundamentales y el principio democrático. Esta evolución no ha implicado nunca ruptura. Por eso, estos valores se mantienen aún hoy en el concepto que, en esa medida, resulta plenamente vigente. El concepto de Constitución —quizá a diferencia del de Estado— goza todavía de

buena salud y aparece como una referencia imprescindible en los nuevos escenarios políticos y sociales que hoy empezamos a contemplar.

En efecto, en los albores del siglo XXI asistimos a una vía de superación de los tradicionales marcos estatales, a una interrelación global cada vez más acusada, en los ámbitos económico, político, social o tecnológico, así como a procesos de integración. Ciertamente, la integración en estos terrenos está yendo por delante a la correspondiente organización política, de tal manera que el nuevo escenario global no encuentra correspondencia en una estructura de poder igualmente global, pues las actuales organizaciones internacionales no pueden considerarse tales. En todo caso, nuevas estructuras políticas habrán de surgir necesariamente, y ya se puede encontrarlas en ámbitos concretos como el proceso de integración europea. Pero lo que es indudable es que los valores implícitos en el concepto de Constitución, tal y como se han ido configurando en este proceso de varios siglos, suponen una exigencia insoslayable para cualquier estructura u organización de poder político, si es que esta quiere resultar aceptable. La Constitución mantiene intacto su prestigio y sigue siendo la fuente de legitimidad de cualquier estructura de poder político.

De esta forma, no solo los Estados, sino las nuevas estructuras de poder que derivan de ciertos procesos de integración y aquellas que puedan surgir en el futuro próximo, deben responder a las ideas de limitación del poder por el derecho, separación de poderes, principio democrático y reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, que hoy constituyen un catálogo más amplio que nunca y cuya evolución permanece siempre abierta. El sentido garantista de la Constitución se manifiesta así como una exigencia para cualquier nueva estructura de poder. Y el concepto jurídico de la misma, que la configura como norma suprema que prevalece sobre el resto del ordenamiento, continúa siendo un instrumento imprescindible para que la Constitución pueda cumplir su función principal.

En el Viejo Continente se asiste en estos momentos a la elaboración de un Tratado por el que se instituye una Constitución europea. Aunque puedan plantearse dudas sobre si el proceso es

equiparable a los procesos constituyentes en los que el pueblo aparece como poder constituyente y sobre si su resultado será estrictamente una Constitución en todos los sentidos, lo cierto es que la futura Constitución europea cumplirá los requisitos implícitos en la finalidad garantista, al basarse en las ideas de Estado de derecho, derechos fundamentales, principio democrático y separación de poderes, y ello aunque la estructura de los poderes y funciones en la Unión Europea presenta una notable originalidad y no se corresponde exactamente con la que se puede encontrar en los modelos clásicos de Estado.

A todo ello hay que añadir, desde luego, que la utilización expresa, por primera vez en el proceso de integración europea, del término “Constitución”, aparece cargada de un incuestionable significado simbólico, tratando de expresar la culminación de ese proceso de integración mediante la creación definitiva de una nueva forma de organización política común, que debe imponerse a los viejos Estados europeos; al igual que la propia Constitución europea y el ordenamiento de la propia Unión han de prevalecer sobre los propios de los Estados miembros, aunque acaso la correcta implantación de este principio de prevalencia requeriría de ciertas reformas en las propias constituciones de algunos Estados miembros.

En fin, si se analiza el constitucionalismo desde una perspectiva histórica, pero situándose en el presente y mirando al futuro, se puede advertir que su gran enseñanza, su mayor logro, su principal función, ha sido el permitir la creación de la estructura política más avanzada que en cualquier lugar o momento histórico haya podido darse, como es la basada en la separación de poderes, el principio democrático y los derechos fundamentales, sometiendo al fin el poder al imperio de la ley, por encima de la cual solo prevalece la Constitución como norma jurídica suprema que viene precisamente a implantar esos valores, todo lo cual se puede sintetizar en la fórmula de Estado constitucional, social y democrático de derecho. Esta expresión, que refleja las conquistas de la larga evolución histórica que comienza con las revoluciones que dan origen a la Edad Contemporánea, está hoy plenamente vigente y constituye el criterio de legitimidad de cualquier futura organización política.

7. BREVE ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Es muy amplia la bibliografía sobre los temas que en estas páginas han sido tratadas y no tiene sentido la pretensión de tratar de ofrecerla aquí. Bastará apuntar, con carácter selectivo, algunos de los trabajos relevantes de la bibliografía española, que abordan la cuestión desde la perspectiva jurídica y política. Se excluyen igualmente las obras clásicas de autores como Locke, Montesquieu, Rousseau o Sieyès, o los escritos de la Revolución estadounidense como *El federalista*, por considerar que son sobradamente conocidas por el lector.

Uno de los mejores trabajos que analiza las diferencias entre los procesos revolucionarios francés y norteamericano es el de Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1998. Un análisis global del constitucionalismo en sus diversas corrientes y de su evolución posterior puede encontrarse en el muy interesante trabajo de Rafael Jiménez Asensio, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003. También son de interés las obras de José Asensi Sabater, *La época constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, y José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998. Sobre los orígenes históricos de la jurisdicción constitucional concentrada, probablemente el mejor trabajo es el de Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), 1987.

En fin, también es aconsejable la consulta de otros trabajos más generales de teoría de la Constitución o introducción al derecho constitucional. Prescindiendo de los trabajos “clásicos” de Carl Schmitt o Kart Loewenstein, ambos conocidos y traducidos al castellano, se pueden mencionar las obras de Juan Ferrando Badía, *Teoría de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992; Luis López Guerra, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994; Eduardo Espín Templado, *Lecciones de derecho político*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994; o Sánchez Ferriz, Remedios, *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 1993.

El fundamento histórico de una forma política: la monarquía parlamentaria

1. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA COMO CULMINACIÓN DE UN PROCESO DE LIMITACIÓN DEL PODER DEL MONARCA

1.1. Monarquía y Parlamento: una historia de siglos de tensiones

La expresión “monarquía parlamentaria” trata de sintetizar dos elementos que históricamente se han enfrentado en una lucha continua por el poder. Suele considerarse que este término alude a la culminación de un largo e intenso proceso histórico, en el que el rey¹ va perdiendo poderes en favor del Parlamento. Como

¹ Permítame el lector una precisión meramente ortográfica. Se siguen en este texto las pautas de la *Ortografía de la lengua española*, Real Academia Española-Asociación de Academias de la Lengua Española, Espasa, 2010, pp. 470 y ss., así como del *Diccionario panhispánico de dudas*, Real Academia Española-Asociación de Academias de la Lengua Española, Santillana Ediciones Generales, 2005, pp. 426 y ss., respecto a la utilización de las mayúsculas para títulos y cargos, y por esa razón, con carácter general no será utilizada para los términos rey, presidente, y similares, dado que es muy frecuente su uso en textos legales y en la propia doctrina, se respetará esa utilización en el caso de las citas literales. Por cierto, si bien el *Diccionario Panhispánico de Dudas* constata sin mayor comentario la costumbre particular de leyes, decretos y documentos oficiales, por razones de solemnidad, de escribir con mayúsculas palabras como Rey de España o Presidente del Gobierno, en cambio la ortografía recomienda expresamente

más adelante destacaré, dicho proceso se inicia en la Baja Edad Media y, con perfiles muy diferentes en Inglaterra y en la Europa continental, se afianza y culmina finalmente en la Edad Contemporánea. Lo que ahora interesa destacar es que el concepto “monarquía parlamentaria” es esencialmente histórico y que cuando una Constitución escrita, por ejemplo, la española de 1978, reconoce que esta es la “forma política” del Estado, se está remitiendo a ese concepto histórico. Un concepto, como trataré de exponer en las siguientes páginas, definido por unas características determinadas, pero esencialmente dinámico y en permanente evolución. Un concepto, en fin, parcialmente abierto y con una enorme capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias histórico-políticas, aunque basado en un principio esencial que permanece.

1.2. Las fases: monarquía absoluta, monarquía limitada, monarquía constitucional, monarquía parlamentaria

El proceso de tensión entre parlamento y monarca, al que antes he aludido, se produce de manera diferente —y con ritmos diferentes— en los distintos países europeos, y por ello, todo esfuerzo de clasificación tendría dificultades tanto para la delimitación conceptual de cada fase como para su ubicación temporal estricta. Por tanto, la doctrina no coincide en las clasificaciones ni en las definiciones de cada modelo de monarquía,²

“acomodarlos también en estos contextos a la norma general y escribirlos con minúscula”.

² Sobre las distintas clasificaciones de las fases históricas véase, por ejemplo, Torres del Moral, Antonio, “La monarquía parlamentaria como forma política del Estado español”, en Lucas Verdú, Pablo (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Universidad Complutense, 1983, p. 44, que considera la monarquía limitada como algo equivalente a la “mal llamada” constitucional, e introduce entre las demás fases a la monarquía moderada, en la que el rey solo conserva el poder ejecutivo. El mismo autor, en *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense, 2004, vol. II, p. 23, menciona también la “monarquía orleanista”, “en la que se limitan algo más los poderes del

pero a los efectos del presente trabajo voy a utilizar la siguiente:³

- a) Monarquía absoluta: caracterizada por la concentración de poderes en el monarca.
- b) Monarquía limitada: el rey pierde algunos poderes en favor del Parlamento, pero conserva todos los que no se atribuyan expresamente a este.
- c) Monarquía constitucional: la soberanía también se comparte entre monarca y Parlamento, como en la monarquía limitada, pero en este caso, el Parlamento tiene los poderes generales y el monarca exclusivamente aquellos que le atribuye de forma expresa la Constitución.
- d) Monarquía parlamentaria: el rey carece de todo poder de decisión política.

Si bien algunos autores utilizan otras clasificaciones en las que la monarquía constitucional, o bien se confunde con la monarquía parlamentaria, o bien viene a ser una categoría general caracterizada por la regulación constitucional de la monarquía, que englobaría tanto a la monarquía limitada como a la parlamentaria, me parece que la clasificación sintetizada es más adecuada para poner de relieve estas distintas fases, pues aunque la monarquía limitada y la constitucional tendrían como característica común el que en las mismas el poder se comparte entre Parlamen-

rey y los ministros necesitan de una doble confianza: la regia y la parlamentaria”.

³ Sigo en este punto a Álvarez Conde, Enrique y Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2014, pp. 543-544. En sentido similar, Aparicio Pérez, Miguel A. y Barceló i Serramalera, Mercé (coords.), *Manual de derecho constitucional*, Barcelona, Aletier, 2009, pp. 175 y ss. También en la misma línea, Alzaga, Óscar, “La monarquía”, en *Derecho político español según la Constitución de 1978*, 4ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, vol. II, pp. 262 y ss., aunque aclara en p. 263 que la distinción entre la etapa de monarquía limitada y la de monarquía constitucional procede y tiene sentido en Alemania para separar la monarquía prusiana, de carácter limitada (1815-1848) y la monarquía constitucional (1848-1918), pero “no es trasladable a la mayoría de las monarquías europeas contemporáneas —poco influidas por la experiencia alemana— y en nuestra opinión también se compadece mal con la evolución de la monarquía española a lo largo del siglo pasado”, ya que “*prevalece en el siglo XIX la figura de la Monarquía Constitucional*”.

to y monarca, existe entre ambas una diferencia esencial y que no es meramente de detalle o matiz. En efecto, en la monarquía limitada hay todavía un principio general de concentración de poderes en el monarca, de manera que este aparece como soberano “originario” que, sin embargo, se “desprende” de alguna de sus atribuciones; por ello, este sistema suele corresponderse con cartas otorgadas más que con verdaderas constituciones que sean obra de la soberanía nacional o popular. En cambio, en la monarquía parlamentaria, es la institución asamblearia quien actúa como soberana (o, en último término, el pueblo o la nación que son representados por la misma), y es en cambio el monarca quien puede ejercer solamente los poderes que le han sido atribuidos por ese órgano externo.

Por otro lado, aunque como apunto, a veces se conceptúan como sinónimos o como género y especie las fases de monarquía constitucional y parlamentaria, también en este punto me parece más adecuada la clasificación apuntada, pues si bien ambas fases comparten el principio de soberanía parlamentaria —o soberanía del pueblo ejercida a través del Parlamento— y sometimiento pleno del monarca a la Constitución, lo cierto es que existe una diferencia sustancial, dado que en la monarquía constitucional el monarca todavía puede tener poderes políticos efectivos, resultando en la práctica un modelo de soberanía compartida. En cambio, la monarquía parlamentaria se caracteriza por la ausencia de poderes de decisión política del monarca, lo que implica un modelo de plena soberanía parlamentaria, e incluso, en la práctica, supone que el rey no ostenta tampoco el poder ejecutivo —aunque en algunos sistemas formalmente permanezca en el mismo—.

Desde mi punto de vista, esta característica diferenciadora tiene consecuencias trascendentales. Me parece que la misma hace que la monarquía parlamentaria sea plenamente compatible con el principio democrático, a diferencia de lo que sucede en una monarquía constitucional en la que el rey mantiene atribuciones y poderes de decisión política. En efecto, el rey carece en todo caso de legitimidad democrática debido a que a dicho cargo se accede por herencia y no por elección popular (ni siquiera por ser designado por un órgano de elección popular, como le sucede al gobierno en un modelo parlamentario, lo que implicaría legitimidad democrática indirecta). Desde luego, ello es compa-

tible con que la institución monárquica puede tener legitimidad democrática si está reconocida y regulada en una Constitución que tenga tal legitimidad. Pero en cualquiera de los casos, como acabo de decir, el rey carece de legitimidad democrática. En este contexto, un rey con poderes de decisión política es incompatible con un sistema plenamente democrático, porque dichos poderes o atribuciones no derivarían directa ni indirectamente del pueblo (aun cuando se pudieran reconocer en una Constitución democrática). Sin embargo, el monarca parlamentario carece de todo poder de decisión política, con lo que, si la institución es legítima al estar constitucionalmente reconocida, la misma será plenamente conforme al principio democrático. En efecto, por un lado, todas las instituciones tendrán esa legitimidad, pero por otro, además, todas las decisiones políticas derivarán directa o indirectamente del pueblo soberano, sin que un órgano carente de dicha legitimidad participe en tal adopción de decisiones soberanas.

No obstante, la configuración normativa y el funcionamiento real de la monarquía parlamentaria permite todavía muchas opciones, como vamos a ver más adelante. Pero en todo caso, conviene desde ya apuntar una idea fundamental: en la monarquía parlamentaria, el rey está sometido plenamente a la Constitución y a la ley, y sus atribuciones (que no pueden implicar la adopción de decisiones políticas como ya se ha visto) son exclusivamente las que derivan de dichas normas.

2. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA EN LA HISTORIA

Desde luego, las fases de la evolución de la monarquía que se acaban de apuntar responden a la evolución histórica de esta institución. Sin embargo, habiendo tenido dicha evolución perfiles diferentes en los distintos Estados, no es posible llevar a cabo una correlación precisa entre cada una de las fases y un momento histórico, o al menos, no lo es de una forma general. Por lo demás, si bien es cierto que en términos teóricos resulta relativamente fácil precisar cuándo un sistema responde a las características de cada una de las fases mencionadas, en la práctica ello no siempre

es fácil, teniendo en cuenta las variantes en las regulaciones jurídico-constitucionales y, sobre todo en la práctica, en cada uno de los Estados que han acogido esta forma de gobierno.⁴ En todo

⁴ En el presente trabajo me referiré a la monarquía como forma de gobierno, porque considero que es la clasificación más asentada, aunque ciertamente no la única. Así, ya Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1978, pp. 501 y ss., considera que las formas de Estado son la monarquía y la república. Más recientemente, en la doctrina ha existido un amplio debate sobre la corrección de una u otra denominación. Véanse al respecto, por todos, Fernández-Fontecha Torres, Manuel y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo, *La monarquía y la Constitución*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 102 y ss.; o Torres del Moral, Antonio, “La monarquía parlamentaria...”, *cit.*, pp. 46 y ss., quien destaca que quienes insistieron en su configuración como forma de Estado querían poner de relieve la separación de la monarquía y el gobierno, acentuando la posición del monarca como jefe del Estado. Por su parte, Aragón Reyes, Manuel, “La monarquía parlamentaria (comentario al art. 1.3 de la Constitución)”, en *Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 31 y ss., destaca (p. 34) que la monarquía solo puede considerarse forma de Estado cuando la monarquía es absoluta, pasando a ser forma de gobierno a partir de la monarquía constitucional (en realidad, el propio Jellinek, en p. 531 de la obra citada, señala que la monarquía parlamentaria es “una manera de ejercer el gobierno, pero no es una forma de Estado estrictamente jurídica”). Carreras, Francesc de, “Significado constitucional de la monarquía parlamentaria”, en Tusell, Javier; Lario, Ángeles y Portero, Florentino (eds.), *La Corona en la historia de España*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, p. 220, se pronuncia en el mismo sentido: “si la forma de Estado fuera monárquica nos encontraríamos ante una monarquía absoluta, en la que el rey sería el titular del poder constituyente”. Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *El poder del rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Madrid, Cuadernos del Senado, 2003, pp. 31 y ss., haciéndose eco del debate, sostiene con buen criterio que “En España la monarquía es la forma de la Jefatura del Estado” mientras que “Monarquía parlamentaria es, como concepto jurídico, la forma de gobierno”. Pero por otro lado, Torres del Moral (*op. cit.*, p. 48) afirma que, en realidad, en la monarquía parlamentaria el rey ya está separado del Gobierno, de manera que tiene que ver menos con el Gobierno que con el Estado. Por todo ello, siguiendo a varios autores, afirma que la monarquía sería hoy más bien “forma de la jefatura del Estado”. Todo ello, eso sí, después de reconocer (*op. cit.*, p. 47, y hablamos de 1983) que “la cuestión es más académica que otra cosa”.

Desde luego, es importante destacar que la preferencia que aquí se tiene por la utilización “forma de gobierno” no cuestiona en absoluto el hecho de que, en su fase parlamentaria, el rey queda fuera del poder ejecutivo y de todos los poderes del Estado, manteniendo como se verán funciones sim-

caso, sí resulta conveniente un breve apunte histórico (dados los objetivos de este trabajo, no es posible aquí profundizar más en la cuestión, pero es imprescindible para los mismos partir de esta perspectiva) que permita entender la monarquía parlamentaria en su contexto histórico, como culminación de un proceso de adaptación.

2.1. La monarquía antes de la Constitución: los primeros límites al poder del monarca

Antes de que pudiera hablarse de Constitución, ya existía la monarquía. Antes incluso de que pudiera hablarse de Estado en sentido estricto, había monarquías. Como es sobradamente conocido, la monarquía es una forma de gobierno existente desde la antigüedad, y aunque ha conocido muy diversas variantes —incluyendo la monarquía electiva—,⁵ en general puede decirse que

bólicas, representativas, y en cierto modo arbitrales y moderadoras. Por lo demás, como se verá más adelante, con su calificación como “parlamentaria”, la Constitución de 1978 no ha utilizado ni la categoría de “forma de Estado” ni “forma de gobierno”, sino la de forma política, acaso un intento poco fundamentado de sintetizar forma de gobierno —o forma de Estado, si se prefiere— y sistema de gobierno. En todo caso, creo que esta cuestión es ya hoy fundamentalmente terminológica en la medida en que se dejen claros los perfiles que tiene la monarquía en sus distintas fases y la posición del rey en cada una de ellas en relación con los poderes del Estado.

Pero esta misma ambigüedad y anfibología de los términos en los distintos autores, así como la economía del lenguaje son precisamente las que permiten, en mi opinión y a efectos meramente terminológicos, volver a la clasificación quizá más habitual que engloba la dicotomía monarquía/república entre las formas de gobierno, aun sabiendo que en puridad, la monarquía fue primero forma de Estado, luego forma de gobierno, pero en su fase de monarquía parlamentaria sería técnicamente, como he dicho, “forma de la jefatura del Estado”.

⁵ Como es sabido, y a título de ejemplo, al menos teóricamente la monarquía visigoda tuvo ese carácter electivo. Puede verse al respecto, entre tantos otros, Martín, José Luis, “De Hispania a las Españas. De la unidad romano-visigoda a la unificación de los reyes católicos”, en Tusell, Javier; Lario, Ángeles y Portero, Florentino (eds.), *La Corona en la historia de España...*, cit., pp. 22 y ss. En momentos diferentes, también fue electivo el imperio alemán o la llamada Mancomunidad Polonia-Lituania. Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado...*, cit., pp. 523 y ss., analiza las diferencias entre mo-

se caracteriza porque la más alta magistratura se desempeña por una sola persona, que accede a la misma con carácter hereditario y vitalicio. De hecho, el *Diccionario de la lengua española* define monarquía como “[o]rganización del Estado en la que la jefatura y representación supremas son ejercidas por una persona que, a título de rey, ha recibido el poder vía hereditaria y puede transmitirlo del mismo modo”.⁶

En cualquier caso, si bien tanto los orígenes históricos como etimológicos⁷ de la palabra remiten a la singularidad en el ejercicio del poder, lo cierto es que a partir de cierto momento los monarcas tienen que hacer frente a otras fuentes de poder que tratan de contrarrestar o mermar su capacidad de decisión política. La lucha por limitar el poder real comienza probablemente desde que algunos colectivos se sienten con fuerza suficiente para provocar ese contrapeso, pero en términos institucionales se manifiesta en el nacimiento de la institución parlamentaria.⁸ Dejando a un lado los antecedentes asamblearios en el reino visigodo, que tuvieron un carácter más religioso que político —además de nobiliario y no representativo—,⁹ hay que citar que en los

narquía electiva y hereditaria, si bien considera que “la monarquía electiva ha desaparecido de la actual organización de los Estados”.

⁶ Primera acepción del término monarquía en el *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., Real Academia Española, 2014.

⁷ Véase, por ejemplo, Corominas, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª ed., Gredos, 1973, en los términos “anarquía” y el prefijo “mono”.

⁸ Sobre la Corona en la Edad Media y el posterior tránsito al absolutismo monárquico, véase el breve e interesante trabajo de Rubio Llorente, Francisco, “La Corona”, en *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001, pp. 38 y ss.

⁹ Hay una amplia bibliografía que no es necesario citar aquí. Véase, por ejemplo, Escudero, José Antonio *Curso de historia del derecho*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 231 y ss., quien analiza brevemente el Senado visigodo y los Concilios de Toledo, planteándose la cuestión de su naturaleza para afirmar que la misma era predominantemente religiosa, a pesar de lo llamativo de algunas de sus funciones políticas, algunas de tanta importancia como las condiciones y forma para la elección del monarca. En pp. 239 y ss., se refiere también al Aula regia, asamblea nobiliaria que desplazaría al antiguo *Senatus*. Puede verse también la bibliografía citada por este autor.

reinos de León y Castilla se produce en la Edad Media el tránsito de la curia a las Cortes. Ello implica que una Asamblea originariamente palatina se amplía para dar cabida a los representantes de las ciudades y se convierte en representativa.¹⁰ En esta línea, y con algunos precedentes dudosos en Aragón, consta con certeza una curia celebrada por Fernando II en 1170 en León, a la que acudieron ciudadanos; así como la presencia de ciudadanos electos por distintas villas en la Asamblea convocada en 1188 en la misma ciudad de León por Alfonso IX. De este modo, y como ha señalado acertadamente Escudero, “las Cortes leonesas constituyen las primeras asambleas de la Europa medieval a las que asisten ciudadanos —en 1170—, e incluso ciudadanos *elegidos*, en 1188”.¹¹ La reunión de 1188 probablemente puede considerarse como el primer Parlamento del mundo en sentido estricto,¹² y fue seguida por otras con características similares.¹³

¹⁰ Véase al respecto, Escudero, José Antonio, *Curso de historia del derecho...*, cit., pp. 527 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 530.

¹² Sobre los requisitos para que una reunión de la *curia regis* pueda ser considerada parlamento, véase Lord, Robert Howard, “The Parliaments of the Middle Ages and the Early Modern Period”, en *Catholic Historical Review*, vol. 16, núm. 1, 1930, pp. 125 y ss.

¹³ Véase el completo trabajo de Procter, Evelyn S., *Curia y Cortes en Castilla y León 1072-1295*, trad. de Antonio S. Durán y Salustiano Moreta, Madrid, Cátedra, 1988. En pp. 120 y ss., se justifica la participación ciudadana en las curias leonesas de 1188, 1202 y 1208. Aunque como se aprecia en el citado trabajo esta circunstancia había sido estudiada desde hace décadas en la doctrina británica, un trabajo más reciente, de alcance más general, y probablemente de mayor difusión, ha vuelto a destacar en el Reino Unido la importancia de esas Cortes, y la mayor antigüedad de las mismas respecto a los primeros parlamentos ingleses. Se trata de la obra de Keane, John, *The life and death of democracy*, Londres, Simon & Shuster, 2009. En pp. 169 y ss., este autor realiza un sagaz análisis del contexto histórico que provocó esa convocatoria de Cortes, señalando cómo las guerras con los musulmanes y la debilidad de las ciudades leonesas estuvieron en la base de la misma, que considera como el origen de la democracia representativa: “... let’s go back in time, to the years of the twelfth century, to the extraordinary moment of birth of one of the core components of what would later be called representative democracy. The institution had no precedent. It was a new type of governing body [...].

Where was it born? Contrary to some old-fashioned, devoutly British accounts, which think of Big Ben as timeless, and suppose, arrogantly, that

De este modo, primero en León y luego en los restantes reinos ibéricos¹⁴ y europeos,¹⁵ el origen de la institución parlamentaria como asamblea representativa supuso, durante la Baja Edad Media europea, que dicha institución comenzó a compartir el poder con el monarca, asumiendo importantes funciones presu-

parliamentary institutions were «incomparably the greatest gift of the English people to the civilization of the world» [este inciso es una cita de Pollard, A. F., *The evolution of Parliament*, Londres, 1920], parliaments were in fact an invention of what is today northern Spain, in Europe, that little patch of earth that stretches from the Mediterranean basin to the Arctic Circle [...]”.

¹⁴ A título de muestra, sobre las Cortes medievales en los reinos de León y Castilla, puede verse AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 2 vols., 1988. El volumen II incluye trabajos sobre las Cortes valencianas, aragonesas, catalanas y navarras. Sobre Cortes de Castilla en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna, Olivera Santos, César, *Las Cortes de Castilla y León y la crisis del reino (1445-1474). El registro de Cortes*, Burgos, Congreso Internacional sobre la “Historia de las Cortes de Castilla y León”, 1986; y Carretero Zamora, Juan Manuel, *Corpus documental de las Cortes de Castilla (1475-1517)*, Toledo, Cortes de Castilla-La Mancha, 1993, que incluye, además de los documentos, un estudio previo de las mismas. A pesar de que su orientación iba claramente dirigida a entroncar las Cortes de Cádiz con los antecedentes históricos, sigue siendo probablemente uno de los más completos estudios el de Martínez Marina, Francisco, *Teoría de las Cortes o Grandes Justas Nacionales de los Reinos de León y Castilla*, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1813, 3 vols., consulta 28 abr 2015, disponible en http://books.google.es/books/about/Teor%C3%ADa_de_las_Cortes.html?hl=es&id=O3ADAAAAQAAJ De esta obra se ha dicho que “constituye probablemente el más ambicioso e importante estudio que jamás se haya escrito sobre las asambleas políticas representativas —Cortes, Dietas, Parlamentos, etcétera— en el ámbito del mundo occidental”; Escudero, José Antonio, “Martínez Marina y la teoría de las Cortes”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, consulta 28 abr 2015, disponible en www.juridicas.unam.mx

¹⁵ Lord, Robert Howard, “The Parliaments...”, *cit.*, pp. 130 y ss., cita los siguientes parlamentos como pioneros en el mundo: 1188 León, 1218 Cataluña, 1232 Sicilia y Nápoles, 1233 Languedoc, 1200 Castilla, 1254 Portugal, 1255 Alemania (la Dieta del Imperio), 1274 Aragón, Navarra, 1280 Bohemia, Brandeburgo, 1281 Austria, 1283 Valencia, 1286 Piamonte, 1295 Inglaterra, 1300 Irlanda, 1302 Francia (los Estados Generales), 1307 Baviera, 1309 Bretaña, 1326 Escocia, 1337 Normandía, 1350 Sajonia, 1397-8 Hungría, 1435 Suecia, 1468 Dinamarca, 1493 Polonia, 1498 Noruega, 1613 Rusia.

puestarias, financieras, legislativas y de control, que constituyen en realidad el antecedente de dichas funciones en los parlamentos contemporáneos.

2.2. La configuración histórica de la monarquía parlamentaria en Europa. Referencia a Inglaterra y la Europa continental

Durante la Edad Moderna, la evolución de la monarquía y su relación con la institución parlamentaria adquiere características diferentes en los distintos reinos europeos. Normalmente suele simplificarse esta evolución separando lo que sucede en la Europa continental y en Inglaterra, aproximadamente con este esquema:

- a) en el continente, el rey va ganando poder frente al Parlamento, necesitando cada vez menos de este y llegando a convertirse en un monarca absoluto. Suelen señalarse muchos factores para explicar esta evolución, si bien los mismos suelen sintetizarse en la existencia de otras fuentes de financiación para la Corona y para los conflictos bélicos que, por otro lado, tienen unas características claramente diferentes a los medievales (de este modo se apuntan factores como el origen de los bancos, el descubrimiento de América o el surgimiento de ejércitos permanentes y aparatos burocráticos modernos). En cualquier caso, estos u otros factores provocan que sea en este momento y lugar cuando se pueda hablar en sentido estricto de monarquías absolutas.
- b) en cambio, en Inglaterra, la institución parlamentaria no sufre el mismo proceso de debilitación, y al menos desde el siglo xvii, se intensifica la limitación de los poderes del monarca, dando origen a la monarquía limitada y constitucional. En cierto modo, Inglaterra anticipa su revolución un siglo a la francesa, pero ello permite que en la evolución de las relaciones entre Corona y Parlamento no se produzca en la isla una ruptura, sino un lento proceso secular de fortalecimiento del Parlamento a costa de los poderes del monarca.

Desde luego, la anterior visión no deja de ser un tanto simplista, y aun cuando pudiera servir para reflejar el evidente contraste entre la evolución de la institución parlamentaria en Inglaterra —donde nunca desapareció— y Francia —donde los Estados Generales dejaron de ser convocados entre 1614 y 1789—, no refleja cabalmente la evolución seguida en toda Europa. En particular, España parece situarse en una “tercera vía”, pues la institución parlamentaria, sin llegar a mantener la pujanza de la inglesa, no llegaría a desaparecer y mantendría siempre algunas funciones relevantes.¹⁶ En efecto, las distintas Cortes nunca desaparecieron y siguieron reuniéndose tras la unificación de los reinos medievales, si bien probablemente con menos poder y menor temporalidad, sobre todo tras el aplastamiento del movimiento comunero.¹⁷ En cualquier caso, de alguna manera siempre supusieron un cierto contrapeso o limitación del poder del monarca.

Incluso en el siglo XVIII —época de la monarquía absoluta por antonomasia—, aunque las Cortes de la Corona de Aragón —no así las de Navarra— desaparecieron con el régimen derivado de la Nueva Planta, se mantuvieron reuniones de las Cortes de Castilla, convertidas en Cortes Generales al conceder voto en las mismas a las ciudades de la Corona de Aragón. Y así, por ejemplo, además de la convocatoria inicial de 1701-1702 en Castilla, Ara-

¹⁶ Véase en esta línea Díaz Revorio, Francisco Javier, “Cádiz e Iberoamérica: sobre las influencias medievales y contemporáneas en la Constitución de 1812... y en Iberoamérica”, en Díaz Revorio, Francisco Javier; Revenega Sánchez, Miguel y Vera Santos, José Manuel (dirs.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 23 y ss.

¹⁷ Como ha destacado Barrios, Feliciano, “Las Cortes de los reinos españoles en los siglos XVI y XVII”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa, 2011, vol. I, p. 138, “[I]a Monarquía de España de los siglos XVI y XVII, en cuanto que formación política compleja, tiene en la conservación del derecho e instituciones privativos de las partes que la conforman una de sus características esenciales”, de manera que “[I]as Cortes entran en la modernidad con el bagaje de un rico pasado y con las perspectivas de ocupar un lugar de privilegio en la estructura jurídico-institucional que en el último tercio del siglo XV se estaban conformando” (p. 139); y si bien es obvio que los siglos XVI y XVII supusieron una cierta decadencia de las Cortes, las mismas no solo mantuvieron su existencia, sino cierta virtualidad (p. 148).

gón y Cataluña —las dos últimas aún no habían desaparecido— fueron convocadas Cortes en 1709, 1712, 1724, 1760 o 1789.¹⁸ Y si bien su función se limitaba la mayor parte de las veces a aspectos dinásticos, su importancia constitucional se mantuvo en el pensamiento político.¹⁹

Sea como fuere, es claro que los orígenes del constitucionalismo en los siglos xvii —Inglaterra— y xviii —Europa continental— vienen indisolublemente unidos a la limitación del poder real y el fin de las monarquías absolutas, dando paso —allí donde la monarquía se mantuvo— al establecimiento de monarquías limitadas, constitucionales, y más tarde parlamentarias, en los términos antes apuntados,²⁰ aunque ciertamente parece que la monarquía parlamentaria tiene más en Inglaterra que en el continente una sustancia histórica o evolutiva.²¹ Si durante la monarquía absoluta se considera que el monarca lo es por su pertenencia a una dinastía determinada y su poder deriva de Dios, el racionalismo propio de la Ilustración implicará un cuestionamiento de esas fuentes de legitimidad, unido a la necesidad de justificar democráticamente el poder político.

En este contexto, la monarquía constitucional, y después la parlamentaria, aparecerán como fórmulas que tratan de unir la legitimación tradicional del rey con la racionalización del poder político.²² En concreto, la monarquía parlamentaria se caracteri-

¹⁸ Véase Molas, Pere, “Las Cortes nacionales en el siglo xviii”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, España, 2011, vol. I, pp. 156 y ss.

¹⁹ Véase Molas, Pere, “Las Cortes...”, *cit.*, p. 156.

²⁰ Sobre esta evolución en Europa, puede verse por ejemplo Fernández-Fon-techa Torres, Manuel y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo, *La monarquía y la Constitución*, *cit.*, pp. 19 y ss.

²¹ Como pone de relieve Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, *cit.*, p. 535, “[l]a monarquía parlamentaria descansa en el continente, no obstante haber intentado copiar el modelo inglés, sobre bases enteramente distintas de las de este. En Inglaterra es producto de una larga evolución histórica; en el continente resultado de teorías abstractas”.

²² En relación con las distintas monarquías europeas en la época contemporánea, véase Menéndez Rexach, Ángel, *La jefatura del Estado en el derecho público español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979; o Mariano García Canales, “Las monarquías parlamentarias europeas”, en

za porque el mantenimiento de la jefatura del Estado de carácter vitalicio y hereditario se compatibiliza con la mayor racionalización democrática en el diseño del modelo de separación de poderes.²³ Ello implica que el propio monarca pierde todo poder político, partiendo la legitimidad de los demás poderes del Parlamento, que es quien elige, legitima y controla al poder ejecutivo. Como es sabido, se han buscado diversas definiciones o fórmulas sintéticas que expliquen este modelo, y así pueden señalarse, por ejemplo, las siguientes:²⁴

- a) la monarquía parlamentaria sería aquel sistema en el que “el rey reina, pero no gobierna” —expresión atribuida a Adolphe Thiers, quien más tarde fuera presidente de la República, en referencia a Carlos X de Francia—;²⁵

Torres del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995, pp. 43 y ss.

²³ Como destaca García Canales, García Canales, Mariano *La monarquía parlamentaria española*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 66 y ss., la fundación democrática es el sustento de la preponderancia del órgano representativo en la monarquía parlamentaria.

²⁴ Sobre el sentido último y definiciones de la monarquía parlamentaria, véanse por ejemplo, Aragón Reyes, Manuel, “La monarquía parlamentaria...”, *cit.*, pp. 59 y ss.; García Canales, Mariano *La monarquía parlamentaria...*, *cit.*, pp. 39 y ss.; Torres del Moral, Antonio, “La monarquía parlamentaria como forma política...”, *cit.*, pp. 41 y ss.

²⁵ La expresión “el rey reina, pero no gobierna”, es generalmente atribuida a Adolphe Thiers, autor de diversos libros y escritos, jurista, y político que fue en varias ocasiones ministro, y finalmente presidente de la III República francesa; a título de muestra, Vega, Pedro de, “El rey, jefe de Estado, símbolo de su unidad y permanencia”, en AA.VV., *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, p. 66. En el mismo sentido, entre otros, Cebrián, Juan Luis, “El no gobierna, pero reina”, en *El País*, 23 jun 2014, consulta 16 may 2015, disponible en http://elpais.com/elpais/2014/06/22/opinion/1403444492_752170.html atribuye la frase “el rey reina, no gobierna”, a Adolphe Thiers. Puede verse también la referencia, consulta 16 may 2015, disponible en <http://www.artehistoria.com/v2/personajes/6576.htm> Sin embargo, algunas fuentes apuntan que en realidad fue el canciller polaco Jan Zamoyski el primero en pronunciarla en el siglo XVI, cuando se enfrentó desde el Parlamento de la Mancomunidad de Polonia-Lituania al rey Segismundo III (como muestra, Espíndola Zago, Octavio, “Más allá del Rin: La República de las dos naciones, 1569-1795”, consulta 16 may 2015, dis-

- b) el sistema en el que el monarca tiene derecho a “ser consultado, animar y advertir”, tal y como lo definiera Walter Bagehot,²⁶ y
- c) un sistema en el que el monarca carece de toda *potestas* pero posee la máxima *auctoritas*, pues no ejerce ningún poder político, pero desempeña una importante función simbólica y representativa.²⁷

Se configura así como la única forma de que la monarquía sobreviva en un Estado plenamente democrático y como una alternativa a la república, ya que a partir de la revolución francesa y la independencia americana, esta última va a ser asumida como forma de gobierno por no pocos países. Con todo, no son pocas las monarquías parlamentarias que se mantienen hoy en el mundo. Podría decirse que cada país elige la forma de gobierno más acorde a su historia y/o a las circunstancias políticas propias de su nacimiento. Así, en algunos Estados como Estados Unidos y la mayoría de los Estados del continente americano, la ruptura con la metrópoli implicó también el abandono de las monarquías, habiendo sido la república la forma de gobierno imperante desde los orígenes en el continente —aunque con excepciones temporales en Brasil o México, y permanentes

ponible en <http://historia.dosmildiez.net/COORDINACION/wp-content/uploads/2013/01/La-Rep%C3%BAblica-de-las-Dos-Naciones-1569-1795.pdf> o Alonso, José María, “El rey reina pero no gobierna”, en *Diario español República Constitucional*, consulta 16 may 2015, disponible en <http://www.diariorc.com/2013/03/04/el-rey-reina-pero-no-gobierna/>

Por su parte, Jiménez de Parga, Manuel, “El estatuto del rey en España y en las monarquías europeas”, en Lucas, Verdú, Pablo (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Universidad Complutense, 1983, pp. 114 y ss., lo enuncia en estos términos: “el rey no gobierna, pero reina”.

²⁶ Se trata quizá de una de las expresiones más célebres —y más citadas— para definir la monarquía parlamentaria. Bagehot, Walter, *The English Constitution* (1867), trad. de Alfonso Posada, *La Constitución inglesa*, México, IJ-UNAM, 2005, cit. por ed. en pdf <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1582> (consulta 16 may 2015), trabajo en el que el autor identificaba a la monarquía como la “parte digna” del gobierno, frente a la “parte eficiente” del mismo.

²⁷ Es una idea muy repetida en la doctrina. Véase por ejemplo Manuel Aragón Reyes, “La monarquía parlamentaria...”, *cit.*, p. 60.

en el caso de Canadá—. ²⁸ En cambio, en Europa, algunos países como Inglaterra, la mayoría de los Estados nórdicos o España se han mantenido, en líneas generales, fieles a la monarquía —con breves excepciones temporales en algunos casos—, que ha seguido la apuntada evolución hasta los actuales sistemas de monarquía parlamentaria. Por último, en otros Estados como Francia o más tarde Italia, la oscilación entre las dos formas de gobierno ha sido la característica más acusada de su historia contemporánea.

2.3. De la monarquía limitada a la monarquía parlamentaria en el constitucionalismo histórico español

En España, como ya he destacado, el debilitamiento del poder del Parlamento en la Edad Moderna no es tan intenso como el que se produce en otros países como Francia, de tal manera que las Cortes nunca llegaron a desaparecer, ni siquiera en el siglo XVIII con

²⁸ Como es sabido, Brasil prosiguió con la forma monárquica de gobierno tras la independencia, con los reyes Pedro I y Pedro II (sobre este periodo véase por ejemplo Malamud Rikles, Carlos D., “Brasil: del dominio oligárquico al «milagro»”, en AA.VV., *Gran historia universal*, Madrid, Club Internacional del Libro, vol. 31, pp. 339 y ss. El caso de México fue mucho más efímero y se materializó en el imperio de Agustín de Iturbide (1822), que solo duraría un año. Véase, por ejemplo, Delgado, Jaime, “La evolución política en el siglo XIX”, en AA.VV., *Gran historia universal, cit.*, vol. 31, pp. 233 y ss., especialmente en pp. 242 y ss., que profundizan sobre el debate monarquía-república y las causas del monarquismo en América, que tuvo en el imperio de Iturbide la “única solución monárquica triunfante en América, si bien de modo fugacísimo” —en realidad habría que afirmar que fue la única solución triunfante en la América hispana—. Por último, es bien diferente el caso de Canadá, un país que nunca declaró formalmente su independencia, cuya Constitución se compone de diversos textos legales históricos, como las leyes constitucionales de 1867 y 1982 —que reforma la anterior—, y de convenciones, y que aún al día de hoy reconoce como jefe de Estado a la reina de Inglaterra (incluso el art. 9 atribuye el poder ejecutivo a la reina). Puede verse abreviadamente sobre este tema, por ejemplo, Matheus Samper, Luisa, “Introducción al estudio de la Constitución de Canadá”, en *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, núm. 22, 2004, pp. 254 y ss.

la llegada de los Borbones, si bien sus reuniones se espaciaron y sus funciones fueron limitándose hasta casi quedar reducidas a aspectos dinásticos. De este modo, la monarquía absoluta no fue “tan absoluta” como la francesa, aunque en términos generales no puede llegar a hablarse de monarquía limitada hasta los inicios de la Edad Contemporánea.

En este sentido, puede considerarse que el Estatuto de Bayona de 1808 establece una monarquía limitada, al tratarse en realidad de una “carta otorgada” en la que el rey da cierta participación a los representantes de la nación.²⁹

Aunque no es fácil precisar cuándo se pasaría de la monarquía limitada a la constitucional, quizá pueda entenderse que ya la Constitución de 1812 —cuyo articulado habla de “monarquía moderada”— entra en los parámetros de este último modelo, en la medida en que las atribuciones del rey se circunscriben a las que establece la norma fundamental, pero el mismo no pierde por completo sus poderes de decisión política ni las funciones constitucionales que puede adoptar discrecionalmente, mante-

²⁹ En general, sobre el Estatuto de Bayona, puede verse la obra colectiva de Álvarez Conde, Enrique y Vera Santos, José Manuel, *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, Madrid, La Ley, 2008. Más ampliamente, sobre el constitucionalismo histórico español, con repaso de todos los textos desde 1808: García Fernández, Francisco Javier y Espín Templado, Eduardo, *Esquemas del constitucionalismo español “1808-1976”*, dirección y estudio preliminar de Jorge de Esteban, Madrid, Universidad Complutense, 1976; Vera Santos, José Manuel, *Las constituciones de España*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008; Torres del Moral, Antonio, *Constitucionalismo histórico español*, 5ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 2004, pp. 28 y ss.; Tomás y Valiente, Francisco, *Códigos y constituciones*, Madrid, Alianza Editorial, 1989; Llorca, Carmen, *Parlamentarismo y constituciones en España*, Madrid, Editorial Itsmo, 1988. Por su parte, Tomás Villarroya, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, 11ª ed., Madrid, CEC, 1994, comienza en el texto de 1812. Especialmente recomendables son los nueve volúmenes de Artola, Miguel, (dir.), *Colección las constituciones españolas*, Madrid, Justel, 2008. Un análisis específico sobre la cuestión de la jefatura del Estado en nuestro constitucionalismo histórico puede verse en Menéndez Rexach, Ángel, *La jefatura del Estado...*, cit., pp. 213 y ss. También un estudio monográfico se contiene en Varela Suanzes, Joaquín, “La monarquía en la historia constitucional española”, en Torres del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995, pp. 29 y ss.

niendo funciones ejecutivas e incluso legislativas, a través de la iniciativa legislativa y del veto.³⁰

El constitucionalismo decimonónico español, como es bien sabido, se caracteriza por las oscilaciones entre textos más conservadores y otros más liberales o progresistas, lo que desde el punto de vista de las atribuciones del monarca implica que encontramos textos que le otorgan todavía amplios poderes de decisión, junto a otros que limitan de forma más notoria esas atribuciones, acentuando el protagonismo y el peso político del Parlamento. Si bien no resulta fácil en todos los casos precisar en cuál de las categorías o fases antes descritas se ubica cada modelo constitucional, en general podría decirse que la mayoría de los textos establecen monarquías constitucionales, en las que el rey ejerce solo las funciones constitucionalmente atribuidas, pero conserva poderes de cierta importancia, incluida la participación en la función legislativa y su posición como cabeza del poder ejecutivo.³¹ De lo dicho podría exceptuarse quizá el Estatuto Real de 1834, que por sus características podría parecer más bien una carta otorgada que establece una monarquía limitada,³² y, en el

³⁰ Además de las obras de alcance general citadas en la nota anterior, existe una amplísima bibliografía sobre la Constitución de 1812, que se ha ampliado notablemente con ocasión de su bicentenario. Aquí no resulta posible reflejar esa gran cantidad de trabajos, simplemente a título de muestra, y teniendo en cuenta su carácter amplio y exhaustivo, puede mencionarse Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa-Fundación Rafael del Pino, 2011, 3 vols. Sobre el tema que ahora me interesa, pueden verse especialmente los trabajos de González Díez, Emiliano, “Monarquía y Corona en la Constitución gaditana”, y de Val Garijo, Fernando, “Rey, Cortes y política exterior”, incluidos en el volumen III, pp. 81 y ss., 98 y ss.

³¹ En sentido similar al aquí defendido, Carreras, Francesc de, “Significado constitucional de la monarquía parlamentaria”, *cit.*, p. 222, quien sostiene que la monarquía en el constitucionalismo español del siglo XIX fue “una monarquía constitucional sin llegar nunca a tener el carácter de monarquía parlamentaria”.

³² Sobre esta debatida cuestión, por todos, Tomás Villarroya, Joaquín, *Breve historia...*, *cit.*, p. 33, que lo califica como “Constitución otorgada de condición y significación parecidas a la concedida por Luis XVIII, en 1814”; en cambio cuestiona esa calificación Torres del Moral, Antonio, *Constitucionalismo histórico español*, *cit.*, pp. 59-60.

extremo opuesto, la Constitución de 1869, que más bien parece aproximarse al modelo parlamentario adelantando sus principales características (p. ej., el rey pierde sus atribuciones vinculadas a la función legislativa, y aunque sigue encarnando el poder ejecutivo, lo ejerce por medio de sus ministros que refrendan todos sus actos y responden por ellos). Los demás textos constitucionales decimonónicos (constituciones de 1837, 1845, la nonnata de 1856 y, tras la Restauración, la Constitución de 1876), a pesar de las diferencias entre ellos en cuanto a la intensidad de los poderes del monarca, configurarían en todos los casos una monarquía constitucional.³³ Quedan fuera de mi análisis, como es obvio, el proyecto de Constitución federal de 1873, y ya en el siglo xx, la Constitución de 1931, dado que en ambos casos se estableció un sistema republicano.

3. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: CARACTERÍSTICAS GENERALES

De lo anterior se deduce que, en realidad, con la dudosa excepción —parcial, y en todo caso de breve vigencia— de la Constitución de 1869, puede decirse que hasta 1978 no contamos con una auténtica monarquía parlamentaria. Me parece que esta idea es importante, porque si bien la monarquía ha sido casi una constante en la historia constitucional —y una constante total en la historia preconstitucional—, la verdad es que la monarquía parlamentaria no contaba con precedentes claros y asentados en España.³⁴ Ello significa que si bien la Constitución de 1878 reinstaura

³³ Sobre la monarquía constitucional en España en el siglo xix, además de las obras anteriormente citadas de alcance más general, véanse por ejemplo los trabajos específicos incluidos en el volumen Tusell, Javier; Lario, Ángeles y Portero, Florentino (eds.), *La Corona en la historia de España*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003; o Colomer Viadel, Antonio, *Los liberales y el origen de la monarquía parlamentaria en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993; García Escudero, José María, “La monarquía parlamentaria en la historia de España”, en AA.VV., *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001, pp. 47 y ss.

³⁴ Como apunta Alzaga, Óscar, “La monarquía parlamentaria, forma política del Estado”, en AA.VV., *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monar-*

la monarquía eligiendo como monarca a don Juan Carlos I como “legítimo heredero de la monarquía histórica” (art. 57.1), establece en realidad *ex novo* un modelo de monarquía parlamentaria (art. 1.3) cuyos parámetros son los que derivan de la propia regulación constitucional.³⁵ Por lo demás, probablemente para establecer esta regulación, el constituyente se haya inspirado, al menos en lo relativo a las atribuciones del rey, en otras monarquías extranjeras contemporáneas más que en nuestro constitucionalismo histórico, cuyo último modelo (1876) resultaba ya demasiado alejado.

En cualquier caso, queda fuera de toda duda que el modelo establecido es el de la monarquía parlamentaria, no solo por la mención expresa del artículo 1.3, sino por la configuración general que se deriva del título II. La Constitución da al rey el mayor valor simbólico y representativo, pero le priva de todo poder de decisión política. Por ello, la práctica totalidad de sus funciones están sometidas a refrendo, siendo irresponsable por el ejercicio de las mismas, ya que esa institución transfiere la responsabilidad al refrendante.

quía parlamentaria, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001, p. 55, “durante nuestro proceso constituyente de 1977 a 1978 hay un único referente, y ese único modelo es la monarquía parlamentaria europea”. Y en p. 56 añade que “las monarquías parlamentarias europeas restantes son fruto de un proceso evolutivo, mientras que la nuestra es fruto de un salto vinculado a un proceso de racionalización”.

³⁵ Como acertadamente destaca Carreras, Francesc de, “Significado constitucional de la monarquía parlamentaria...”, *cit.*, pp. 221 y ss., si bien la monarquía parlamentaria establecida en la Constitución de 1978 no continúa ninguna tradición histórica —pues la monarquía decimonónica fue constitucional—, la razón por la que se adoptó la monarquía parlamentaria fue continuar la tradición monárquica española. Ello se explica por el compromiso entre los partidarios del mantenimiento de la monarquía, y quienes exigían un modelo plenamente democrático, descentralizado y basado en el reconocimiento de los derechos. En p. 227 afirma este autor: “En el fondo, lo que se exigía por parte de unos era que el titular de la jefatura del Estado siguiera siendo el rey y, por parte de otros, que el contenido esencial de la Constitución —su forma de Estado y de gobierno, sus derechos fundamentales y su organización territorial— fuera republicano, en el sentido democrático y social del término. La monarquía parlamentaria permitía satisfacer a ambas partes”.

El modelo es, por tanto, obra de la Constitución y encuentra en la misma la fuente de su legitimidad y de su regulación. La racionalización ha sido aparentemente completa, en la medida en que el rey carece de todo poder de decisión, quedando este en manos de poderes con legitimidad democrática directa —Parlamento— o indirecta —poder ejecutivo—. Con todo, como es obvio, ese proceso racionalizador no puede ser ajeno del todo a la historia, de tal manera que la Constitución reconoce el peso de esta en la configuración de la Corona y de la monarquía, comenzando por la propia legitimidad del rey don Juan Carlos I. La Constitución legitima, la historia sirve para explicar y justificar la decisión del poder constituyente.

Por otra parte, en aquellos aspectos de la monarquía que la Constitución no regula, es posible acudir a los precedentes históricos en lo que estos resulten compatibles con el modelo de monarquía parlamentaria, ya que, por un lado, los antecedentes históricos son un elemento a utilizar para interpretar las normas jurídicas (art. 3.1 del Código Civil); y por otro, si estos precedentes cumplen los requisitos para ser considerados costumbre, hay que tener en cuenta que esta puede actuar como fuente en el derecho constitucional, en lo que no se oponga a la norma escrita.³⁶

Pero incluso en esta consideración de la historia ha de adoptarse una perspectiva dinámica, teniendo en cuenta que la capacidad de adaptación que la monarquía ha demostrado en el pasado debe seguir existiendo en el presente y en el futuro. No en vano la propia realidad social es otro elemento interpretativo. Por tanto, si bien la Constitución es la primera y principal fuente reguladora de la monarquía parlamentaria, la historia juega su papel y aporta una perspectiva dinámica que hay que considerar en la adaptación de esta institución a los tiempos actuales. Voy a

³⁶ Sobre este tema, véase el completo estudio de González-Trevijano Sánchez, Pedro, *La costumbre en el derecho constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1989, que analiza los requisitos de la costumbre (pp. 43 y ss.) y su tipología (pp. 447 y ss.), entre otros muchos aspectos. En particular, sobre el papel de la costumbre en la fijación de las funciones y posición del rey en las monarquías parlamentarias europeas, Fernández-Fontecha Torres, Manuel y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo, *La monarquía y la Constitución...*, cit., pp. 83 y ss.

intentar desgranar estos aspectos, partiendo de las pautas esenciales de la regulación de la Corona en el sistema constitucional español.

3.1. La recepción constitucional de la monarquía parlamentaria (art. 1.3)

La Constitución utiliza la expresión “monarquía parlamentaria” para referirse a la “forma política”, expresión que quizá trata de sintetizar las clásicas categorías de “forma de gobierno” y “régimen político”,³⁷ aunque técnicamente y de acuerdo con las clasificaciones tradicionales, la monarquía sería una forma de gobierno y el parlamentarismo, un sistema de gobierno.

En cualquier caso, parece claro que el constituyente quiso incorporar en la misma fórmula los elementos propios de la monarquía y del sistema de gobierno parlamentario, acogiendo una expresión que, como ya he apuntado, posee gran tradición histórica y ha sido utilizado en diversos sistemas europeos en los que la Corona ha perdido toda capacidad de decisión política en favor del Parlamento.

Por lo demás, es significativo que dicha fórmula se haya incorporado ya en el mismo artículo 1 de la Constitución, que contiene las definiciones esenciales de nuestro modelo constitucional,

³⁷ La doctrina ha destacado la ambigüedad de la expresión “forma política”, que parece apartarse de las terminologías clásicas de “formas de Estado” o “formas de gobierno”. Véase por ejemplo Aragón Reyes, Manuel, “La monarquía parlamentaria (comentario al art. 1.3 de la Constitución)...”, *cit.*, pp. 23 y ss. Por su parte, Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. IV, p. 380, sostenía que “...afirmar: «La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria» llega a yuxtaponer nada menos que la forma de Estado, forma de gobierno y el sistema de gobierno en un mismo dispositivo. ¡Es algo difícilmente asimilable por la conciencia y la sabiduría del estamento profesoral!”. Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *El poder del rey...*, *cit.*, pp. 32-33, sostiene que la monarquía parlamentaria “solo como *símbolo político* puede ser denominada por el art. 1.3 CE *forma política del Estado español*”, pero no en cuanto a la división territorial del poder, ni en cuanto al modo de producir el derecho —la clasificación kelseniana—, ni en cuanto a la clasificación de las formas de Estado —de Biscaretti—.

definiendo al Estado como social y democrático de derecho, proclamando los valores superiores de su ordenamiento (art. 1.1) y reconociendo la soberanía del pueblo español (art. 1.2). De este modo, la opción por la monarquía parlamentaria aparece como una de las grandes decisiones del poder constituyente, cuya alteración, además de requerir el procedimiento de reforma agravada del artículo 168 (aplicable también, por cierto, a la completa regulación del título II), implicaría en realidad un cambio de régimen o sistema jurídico-político.

3.2. El papel del rey (art. 56)

En coherencia con la definición del modelo plasmada en el comentado artículo 1.3 de la norma suprema, el título II de la Constitución se dedica a la regulación de la Corona, estableciendo los criterios básicos de una monarquía parlamentaria en el sentido antes descrito y especialmente, en lo que ahora más interesa, las funciones y competencias del rey.³⁸ En el contexto de este trabajo no es posible llevar a cabo un análisis o comentario exhaustivo de estas regulaciones constitucionales que, por lo demás, han sido ya objeto de amplio análisis doctrinal.³⁹ Me limitaré por ello a

³⁸ Esta útil distinción entre funciones y competencias está explicada por ejemplo por Aragón Reyes, Manuel, “Un nuevo rey en nuestra monarquía parlamentaria”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 47, oct, 2014, pp. 46 y ss., en particular pp. 47-48. Las funciones serían mucho más amplias que las competencias, y en ocasiones pueden ejercerse a través de estas, aunque en otros casos las funciones no se realizan mediante actos competenciales. Como recuerda Aragón, “en la Constitución, las competencias se atribuyen, las funciones se reconocen o, incluso sin reconocerse expresamente, derivan de la propia naturaleza de la Institución” (p. 48). En líneas generales, las funciones serían las enunciadas en el art. 56 de la Constitución, a las que enseguida me referiré, y que configuran lo que aquí he llamado “el papel del rey”, mientras que las competencias serían las enumeradas en los arts. 62 y ss.

³⁹ Entre la doctrina que ha abordado la cuestión del papel constitucional del rey y sus funciones, a título de muestra, Torres del Moral, Antonio, “La monarquía parlamentaria...”, *cit.*, pp. 56 y ss.; del mismo autor, “La monarquía parlamentaria como simbólica e integradora”, en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 47, oct, 2014, pp. 56 y ss.; García Fernández, Javier, “Las funciones del rey en la monarquía parlamentaria”

apuntar algunas de estas características, que resultan relevantes para los objetivos de este estudio, que es poner de relieve el peso de la Constitución y de la historia en la regulación del modelo, y su grado de apertura a las actuales circunstancias y exigencias. Apuntaré simplemente, por tanto, los principios que me parecen más destacados en la configuración de la monarquía parlamentaria:

- a) La jefatura del Estado. Como proclama el artículo 56 de la Constitución, el rey es el jefe del Estado. Es una consecuencia obvia de su condición de máxima magistratura, si bien, como vamos a ver de inmediato, las funciones concretas del jefe de Estado dependerán del modelo o sistema de que se trate, quedando en la monarquía parlamentaria prácticamente reducidas a su papel representativo y simbólico.⁴⁰
- b) El rey está separado del poder ejecutivo. A diferencia de otros precedentes históricos, en la Constitución de 1978 la Corona se regula en un título diferente al propio del poder ejecutivo (título II frente a título IV, si bien este último se denomina “Del Gobierno y la Administración”). Es esta una característica esencial de la monarquía par-

ria”, en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 47, oct, 2014, pp. 66 y ss.; García Canales, Mariano, *La monarquía parlamentaria...*, cit., pp. 193 y ss.; Vega, Pedro de, “El rey, jefe de Estado, símbolo de su unidad y permanencia”, cit., pp. 65 y ss.; López Guerra, Luis, “Las funciones del Rey y la institución del refrendo”, en Torres del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995, pp. 61 y ss.; Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *El poder del rey...*, cit., pp. 83 y ss.; Satrústegui, Miguel, “La Corona”, en López Guerra, Luis y otros, *Derecho constitucional*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, vol. II, pp. 17 y ss.; Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 11ª ed. rev. y puesta al día por Manuel Carrasco Durán, Marcial Pons, 2007, pp. 650 y ss.

⁴⁰ Sobre las justificaciones de la jefatura del Estado y los motivos del mantenimiento de la forma monárquica tras la revolución burguesa, véase Pérez Royo, Javier, “La Jefatura del Estado en la monarquía y en la república”, en Lucas Verdú, Pablo (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Universidad Complutense, 1983, pp. 87 y ss. También sobre la Jefatura de Estado monárquica, Fernández-Fontecha Torres, Manuel y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo, *La monarquía y la Constitución...*, cit., pp. 144 y ss.

lamentaria, hasta el punto de que cabe decir que la separación entre las funciones de jefe del Estado y Gobierno es obra del propio modelo de monarquía parlamentaria, pues no existe —o no de manera tan clara— en otras fases de la monarquía, y es también desconocida en los modelos presidencialistas, en los que la posición de jefe de Estado y la de presidente del Gobierno son encarnadas por la misma persona. Se diría que es precisamente una necesidad de la monarquía parlamentaria la separación de la figura del jefe del Estado, para que el mismo esté fuera de los poderes del Estado. Ello es consecuencia de una evolución en la que primeramente el ejecutivo es encabezado por el propio rey, para pasar después a un ejecutivo dual —rey/presidente o primer ministro— y, finalmente, quedar encabezado exclusivamente por el presidente del Gobierno. Creo que esta idea es correcta, aunque en realidad el mismo diseño se haya trasladado a las repúblicas parlamentarias —en los modelos mixtos como el francés hay en realidad un ejecutivo dual—. Y también es compatible con la circunstancia de que en otras monarquías parlamentarias, formalmente, el monarca puede seguir apareciendo como cabeza del poder ejecutivo. Pero materialmente es incuestionable que no participa en las funciones o en la toma de decisiones propias del Gobierno.

- c) La función simbólica. El artículo 56 afirma que el rey es “símbolo” de la unidad y permanencia del Estado.⁴¹ Esta función simbólica es, sin duda alguna, de trascendental importancia, pues por su virtud, la figura del monarca se convierte en una imagen personificada del propio Estado, en un emblema del mismo, como lo es la bandera (art. 4 de la Constitución), el himno o el escudo.⁴² En mi opi-

⁴¹ Desde una perspectiva histórica, un interesante trabajo sobre esta función simbólica puede encontrarse en Alvarado Planas, Javier, “La Corona como símbolo”, en Torres del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995, pp. 77 y ss.

⁴² Sobre los símbolos políticos sigue siendo del mayor interés el trabajo de García Pelayo, Manuel, *Mitos y símbolos políticos*, Madrid, Taurus, 1964, incluido en García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009, vol. I, pp. 909 y ss., especialmente pp. 987 y ss. Sobre el escudo, la

nión, esta función simbólica se relaciona también con la historia, en la medida en que el propio Estado —al igual que la nación española— es previo a la Constitución y ha venido configurándose tradicionalmente como una monarquía. De esta manera, la monarquía es hoy, más que otra cosa, un reconocimiento y un tributo a la historia, y por ello tiene sentido en los Estados que tradicionalmente han tenido esta forma de gobierno, mientras que carecería por completo del mismo en países que no han conocido históricamente esta forma de gobierno.

- d) La función representativa. En cierto modo relacionado con la función anterior y con su propio papel como jefe del Estado, el propio artículo 56 proclama que el rey “asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica”. Ello supone, desde luego, que le corresponde el máximo rango protocolario en todas las actuaciones de representación del Estado, siendo a estos efectos la primera figura del Estado. Pero además, se ha invocado esta función para justificar su papel de comunicación o mediación con otros jefes de Estado y altos dignatarios, aprovechando su *auctoritas* para defender los intereses de España, facilitando, en su caso, una comunicación más fluida o influyendo en lo posible para conseguir las posturas más favorables a nuestro país. Desde luego, esta idea es constitucionalmente admisible siempre que cualquier papel que desempeñe en este ámbito lo haga con pleno conocimiento y estrecha comunicación con el Gobierno. Algunos autores⁴³ vienen apuntando la conveniencia de que, dada la delicadeza de esta función y la ausencia total de regulación de la misma, se proceda a aprobar una normativa que especifique qué actuaciones puede llevar a cabo en este terreno y con qué requisitos.

bandera y el himno españoles, AA.VV., *Símbolos de España*, Madrid, CEPC, 2000.

⁴³ Véase por ejemplo el muy sugerente trabajo de Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *¿Qué le falta a la monarquía española para estar plenamente racionalizada?*, *La monarquía española del siglo XXI*, Valladolid, Fundación Aranzadi Lex Nova-Thomson Reuters, 2015.

En mi opinión, probablemente sea tan innecesario como inconveniente llevar a cabo esa regulación que, por lo demás, nunca podría agotar todas las posibles actuaciones que el monarca podría llevar a cabo en este ámbito.

- e) La función arbitral y moderadora. A diferencia de las anteriores, podría pensarse que esta función deja un margen de decisión política al monarca, en la medida en que podría adoptar libremente determinadas decisiones encaminadas al correcto funcionamiento de las instituciones. La doctrina suele apuntar como ejemplo de esta idea la propuesta de candidato a presidente del Gobierno, si bien en este punto los autores se dividen entre quienes piensan que llegado el caso en el que los resultados electorales y las posteriores consultas con los representantes políticos no ofrezcan una conclusión evidente, tendría un cierto margen de apreciación; y quienes, por otro lado, piensan que en cualquiera de las hipótesis pueden deducirse reglas claras de actuación que impedirían la existencia de dicho margen a la hora de plantear la propuesta de candidato —y en su caso las sucesivas—.⁴⁴ Con independencia de que, en caso de existir, dicho margen sería reducidísimo (y yo creo que el mismo desaparece si se piensa que la lógica del sistema le exige proponer a quien vaya a tener más apoyos parlamentarios y, en caso de que esto no se aprecie con claridad, en primer lugar al candidato propuesto por el grupo que tenga más diputados), lo importante es señalar que, en general, esta función arbitral y moderadora, en una monarquía parlamentaria, no se puede comparar con el sentido que tiene la misma para el jefe de Estado de una República como es el caso francés, a pesar de que este sea tal vez el antecedente más próximo. En la monarquía parlamentaria, esta función puede permitir su comunicación con los distintos órganos y pode-

⁴⁴ No me puedo detener en este punto. Véase por todos el reciente comentario de García Fernández, Javier, “Las funciones del rey...”, *cit.*, pp. 68 y ss., quien incluye esta propuesta entre las potestades en las que el rey puede actuar con cierta autonomía política. Con gran amplitud, y recogiendo la doctrina que se ha pronunciado al respecto, Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *El poder del rey...*, *cit.*, pp. 303 y ss.

res del Estado, sin descartar, en su caso, un mínimo papel de mediación, no reglada ni con opción a adoptar ningún tipo de medida ni decisión vinculante y, en todo caso, sin asumir las funciones propias de otros órganos o poderes del Estado (p. ej., el Tribunal Constitucional).⁴⁵

3.3. Las competencias del rey y el refrendo

Hasta aquí las grandes funciones o papeles que puede desempeñar el monarca en el sistema español. Las mismas se concretan en una serie de competencias enunciadas fundamentalmente en los distintos apartados de los artículos 62 y 63. Se trata de una serie de funciones aparentemente esenciales, pero que en realidad no implican ninguna capacidad de decisión por parte del monarca. Como acabo de apuntar, acaso la única que ha planteado ciertas dudas al respecto es la propuesta de candidato a presidente del gobierno (ap. d), pero tampoco parece que la misma conlleve, en realidad, capacidad de decisión por parte del rey.⁴⁶ En todo caso, lo importante es destacar que estas competencias se le encomiendan con un carácter meramente formal y solemne, en virtud de la institución del refrendo.

⁴⁵ Un reciente e interesante trabajo de García, Eloy, “El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del art. 56.1 de la Constitución”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 34, 2º semestre, 2014, pp. 313 y ss., centra en la neutralidad el papel del rey en lo que como se verá él llama una “República coronada”. En p. 314 señala claramente que “no se trata ni de conferir al rey nuevas potestades de reserva, ni de transferirle las atribuciones extraordinarias de un presidente en la República parlamentaria”, sino más bien de “introducir una modulación diferente, en un componente o atribución constitucionalmente ya existente. La función arbitral o moderadora debe ser leída a la luz de lo que los propios padres de la Constitución consideraron principio matriz indeclinable, la soberanía popular”. Por ello el monarca neutral debe centrar su acción en tres ámbitos fundamentales: ejemplarizar, esclarecer y promover.

⁴⁶ Sobre las competencias del rey, con un análisis especial de la propuesta de candidato a presidente del Gobierno, Fernández-Fontecha Torres, Manuel y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo, *La monarquía y la Constitución...*, cit., pp. 358 y ss., en especial pp. 365 y ss., si bien estos autores consideran que esta propuesta es una potestad discrecional casi pura. Véase también Menéndez Rexach, Ángel, *La jefatura del Estado...*, cit., pp. 383 y ss.

Como es sabido, el refrendo es la firma que un titular legitimado estampa junto a la del rey. Es un requisito necesario para la validez de todos sus actos, excepto los que están constitucionalmente exentos del mismo (nombramiento de la distribución del presupuesto de su casa y familia, que repartirá libremente según el art. 65.1, y el nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de su casa, que también hará con libertad, según el art. 65.2). En todos los demás casos, los actos serán refrendados por el presidente del Gobierno o por los ministros competentes, con la excepción de la disolución de las Cortes cuando, tras dos meses, el Congreso no aprueba la investidura de ningún candidato, supuesto en el que el refrendante es el presidente del Congreso (art. 64).

Aunque no en todos los casos el refrendante es el autor material del acto o quien ha adoptado la decisión política correspondiente, lo que sí se produce siempre es su asunción de la responsabilidad por dicho acto (art. 64.2 de la Constitución), así como de la adecuación del acto regio al ordenamiento. El refrendante expresa materialmente la voluntad de dicho acto (que en ningún caso responde a la voluntad del monarca) y asume la responsabilidad política y jurídica por el mismo, lo cual explica la irresponsabilidad del rey.⁴⁷

3.4. El estatuto del rey

En coherencia con el principio de irresponsabilidad del rey por sus actos constitucionales sometidos a refrendo, el artículo 56.3 de la Constitución proclama expresamente la inviolabilidad del rey. Ha de entenderse que la misma implica imposibilidad de persecución y sanción jurídica y, por tanto, no responsabilidad ante los tribunales. La gran duda en este punto se refiere a qué actos del rey están protegidos por esta prerrogativa. Ciertamente, el

⁴⁷ Sobre el tema del refrendo, véase especialmente el completo estudio de González-Trevijano, Pedro, *El refrendo*, Madrid, CEPC, 1998. También Fernández-Fontecha Torres, Manuel y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo, *La monarquía y la Constitución...*, cit., pp. 274 y ss., o Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *El poder del rey...*, cit., pp. 171 y ss.

enunciado del precepto —“La persona del rey es inviolable”— parece sugerir que en ningún caso el rey responderá ante los tribunales ni puede ser perseguido o sancionado. Pero si se entiende dicho enunciado en su contexto (el propio art. 56.2 se refiere a la ausencia de responsabilidad, e inmediatamente exige el refrendo de sus actos con remisión a los arts. 64 y 65.2), me parece que debe interpretarse que dicha inviolabilidad no es absoluta, sino que protege exclusivamente los actos constitucionales del mismo, esto es, los que ejecuta en su condición de rey, estén o no sometidos a refrendo. Por lo demás, esta parece la interpretación más coherente con la inviolabilidad de diputados y senadores, que la doctrina y la jurisprudencia constitucional han interpretado siempre de forma muy restrictiva. Y si bien es obvio que la función de rey se desarrolla mucho más allá que la de diputados y senadores (esta última en sentido estricto se ha vinculado con sus intervenciones parlamentarias o aquello que repita las mismas, mientras que las intervenciones o actos del rey en su condición de tal serían necesariamente más amplios), tampoco puede defenderse que todas y cada una de sus actuaciones, incluidas las propiamente privadas, estén protegidas por la inviolabilidad.

Ciertamente, no parece que esta haya sido la interpretación más extendida en la doctrina⁴⁸ ni en la práctica judicial y, de hecho, como es conocido, en su día un juzgado inadmitió las demandas civiles de paternidad presentadas frente al rey Juan Carlos I antes de su abdicación, invocando precisamente la inviolabilidad.⁴⁹ Por lo demás, el propio legislador parece interpretar la

⁴⁸ En sentido contrario al aquí defendido, puede verse por ejemplo Manuel Fernández-Fontecha, Torres y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo, *La monarquía y la Constitución*, cit., pp. 266 y ss., quienes interpretan el art. 56 “en un sentido absoluto desde el momento en que la figura del monarca y no su patrimonio personal queda perfectamente protegida de las acciones que puedan emprenderse tanto penal como civilmente contra él”.

⁴⁹ Puede verse la noticia, por ejemplo, disponible en http://www.vanitatis.elconfidencial.com/casas-reales/2013-11-08/se-archiva-por-segunda-vez-una-demanda-de-paternidad-de-alberto-sola-contr-el-rey_52238/ (consulta 16 may 2015). Después de la abdicación, y en virtud del fuero especial concedido por la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial —a la que me refiero en el texto—, el Tribunal Supremo ha inadmitido las demandas de paternidad —en uno de los dos casos, revocando la admisión inicial en vía de recurso—, pero ya no basándose en el argumento de la in-

inviolabilidad del rey de forma absoluta, tal y como se deduce de la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esta ley establece un fuero especial para el enjuiciamiento de las causas civiles y penales que afecten a la reina consorte o el consorte de la reina, al príncipe o princesa de Asturias y a su consorte, y al rey o reina que hubiera abdicado y su consorte. El hecho de que el propio rey quede fuera de este fuero especial parece coherente con la idea de que jamás puede responder ante los tribunales (salvo caso de que deje de serlo por abdicación o la inhabilitación prevista en el art. 59.2). Idea que se confirma en la propia exposición de motivos de la ley: “Conforme a los términos del texto constitucional, todos los actos realizados por el rey o la reina durante el tiempo en que ostentare la jefatura del Estado, cualquiera que fuere su naturaleza, quedan amparados por la inviolabilidad y están exentos de responsabilidad”.

Pero no creo que este entendimiento dominante de la inviolabilidad como una prerrogativa absoluta derive de la Constitución ni sea el más acorde con el sentido que ha de darse a la prerrogativa en un Estado de derecho. Por lo demás, que la misma no es absoluta parece derivarse del propio dictamen del Consejo de Estado sobre la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, dicho dictamen entiende que la exigencia por parte del Estatuto de la responsabilidad derivada de los delitos que menciona, sin excluir a jefes de Estado, es compatible con la Constitución si se entiende que, de acuerdo con la misma, en los actos del rey sometidos a refrendo, cualquier responsabilidad se traslada al refrendante.⁵⁰ De ahí podría dedu-

violabilidad —actualmente inexistente para don Juan Carlos—, sino en la ausencia del principio de prueba legalmente exigido. Véanse por ejemplo <http://www.europapress.es/nacional/noticia-supremo-rechazo-demanda-paternidad-sola-contra-don-juan-carlos-porque-oculta-datos-no-aporta-pruebas-20150128161412.html> y <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Supremo-estima-el-recurso-de-Don-Juan-Carlos-de-Borbon-y-acuerda-no-admitir-a-tramite-la-demanda-de-paternidad-de-Ingrid-Jeanne-Sartiau>— (consulta 16 may 2015).

⁵⁰ Véase el dictamen del Consejo de Estado sobre el Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional, 22 de julio de 1999, consulta 16 may

cirse, *a contrario sensu*, que no se produciría esa traslación en los actos que no son sometidos a refrendo, por los cuales, si llegase el caso, respondería a mi juicio ante la Corte Penal Internacional.

Por lo demás, como se ha apuntado, esta prerrogativa del rey no puede extenderse a su consorte ni a otros miembros de la familia que, en su caso, tendrán solamente las que prevea la ley (actualmente, como se ha dicho, solo el fuero especial ante las Salas Civil o Penal del Tribunal Supremo, para las personas ya indicadas).

Por último, en lo relativo al estatuto del rey, hay que recordar que la Constitución prevé la posibilidad de inhabilitación del rey para el ejercicio de su autoridad. A pesar de la confusa redacción del artículo 59.2 (“Si el rey se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuese reconocida por las Cortes Generales [...]”), parece que en este caso son las Cortes quienes pueden declarar esa inhabilitación, que desencadenaría su sustitución por quien deba asumir la regencia, se entiende que de forma temporal o definitiva en función de la causa de la inhabilitación. De cualquier forma, es esta una vía que permitiría, en su caso, resolver cualquier conflicto grave planteado por el incumplimiento de sus funciones por parte del rey. No me puedo extender más en este punto que plantea diversas interrogantes.⁵¹

2015, disponible en http://www.iccnw.org/documents/CONSEJO_DE_ESTADO_sp.pdf que afirma: “Si la inviolabilidad parlamentaria se funda en la protección de la libertad de expresión de los parlamentarios (a los que, aun siendo responsables de sus actos, no puede exigírseles responsabilidad por ellos en vía judicial penal, según quiere la Constitución), la del jefe del Estado se fundamenta en su posición, ajena a toda controversia, dado el carácter debido de sus actos en el modelo constitucional de 1978. Es más, no se puede hablar en este último caso de ausencia absoluta de responsabilidad exigible por unos actos —que sería la consecuencia última de la inviolabilidad parlamentaria—, sino de imputación de la que pueda derivarse, de ellos al órgano refrendante (arts. 56.3 y 64.2 de la Constitución). En suma, la irresponsabilidad personal del monarca no se concibe sin su corolario esencial, esto es la responsabilidad de quien refrenda y que, por ello, es el que incurriría en la eventual penal «responsabilidad individual» a que se refiere el artículo 25 del Estatuto”.

⁵¹ Sobre este tema, puede verse por ejemplo Fernández-Fontecha Torres, Manuel y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo, *La monarquía y la Constitución...*, cit., pp. 229 y ss.

4. HISTORIA Y RACIONALIZACIÓN EN LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA EN ESPAÑA

Una vez analizados brevemente los parámetros fundamentales de la regulación constitucional de la monarquía parlamentaria, procederé a valorar en qué medida los mismos reflejan o permiten la configuración histórica de esta forma de gobierno; y, por otro lado, en qué medida implican su racionalización o posibilitan la profundización en ese proceso y la adaptación de la Corona a los tiempos actuales.

4.1. La penetración de la historia en la Constitución... y en las lagunas de la misma

La Constitución de 1978 no parte de cero, sino que reconoce una historia previa de España que de alguna manera impregna el propio texto fundamental. Así, por ejemplo, la nación española y las nacionalidades y regiones que la integran (art. 2) son para el constituyente una realidad preexistente —hasta el punto de que, propiamente, en realidad la nación es el propio sujeto que expresa su voluntad en el momento constituyente—. La penetración de la historia en la Constitución es manifiesta en muy diversos aspectos, en especial los vinculados a la configuración territorial,⁵² pero ahora interesa especialmente destacar dicha penetración en lo relativo a la configuración de la Corona y la monarquía parlamentaria.

Parece claro que el constituyente optó por la monarquía al ser esta la forma de gobierno históricamente más frecuente y asentada en España, aunque, como he sugerido, eligió la monarquía parlamentaria, a pesar de que realmente este modelo contaba con menos precedentes —acaso con ninguno— en la historia, porque

⁵² Véase por ejemplo, Díaz Revorio, F. Javier, “Proceso constituyente y proceso descentralizador: ¿de dónde venimos y adónde vamos?, en Oliver Araujo, Joan (dir.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 115 y ss.

era la única forma de compatibilizar la monarquía con un sistema plenamente democrático.

En todo caso, la historia jugó un papel decisivo en la propia opción monárquica del constituyente, hasta el punto como mínimo de explicarla (aunque también el pasado inmediato y el deseo de realizar una transición sin ruptura formal con la legalidad anterior jugasen un papel relevante), o incluso para algunos de justificarla. Además, el título II, dedicado a la Corona, contiene no pocas referencias explícitas o implícitas al pasado histórico de la institución. Para empezar, el artículo 57 proclama que “[1] a Corona es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica[...]”. La Constitución reconoce así la legitimidad histórica y cierra la triple fuente de legitimidad con la que contaba Juan Carlos I, quien antes de la entrada en vigor de la propia norma fundamental con esa mención expresa, ya era rey desde el 22 de noviembre de 1975, proclamado de acuerdo con la legislación anterior (aunque en este punto hablaríamos mejor de legalidad que de legitimidad), y además lo fue según las reglas de la dinastía histórica a partir de la renuncia de su padre, don Juan de Borbón, el 14 de mayo de 1977.⁵³ De este modo, el artículo 57 supone un recono-

⁵³ De este modo, e incluso dejando al margen la cuestión de la legalidad anterior, don Juan Carlos I sumaría, al menos, dos de las tres fuentes de legitimidad que señalaba Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, 2ª ed., FCE-España, 2002, pp. 170 y ss. (la tradicional y la legal racional). Respecto a la tercera (carismática), su apreciación siempre es subjetiva y discutible y no es posible ni necesario pronunciarse aquí al respecto. En todo caso ha sido habitual el reconocimiento del gran prestigio ganado por Juan Carlos I, sobre todo a raíz de su actitud decisiva para abortar el intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981. Sobre este asunto hay abundantísima bibliografía, me limitaré a citar dos obras relevantes que lo abordan desde la perspectiva jurídica: González-Trevijano, Pedro, *El refrendo...*, cit., pp. 206 y ss., y Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *Las instituciones funcionaron. 25 años del golpe*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; del mismo autor: “23 de febrero de 1981: la reinterpretación jurídica de un suceso propio de periodos de transición”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 155, ene-mar, 2012, pp. 41-70.

En cuanto a sus sucesores, y en primer lugar a Felipe VI, aunque este no sea mencionado por la Constitución, accedió al cargo de rey siguiendo el procedimiento constitucionalmente previsto tras la abdicación de su padre, el 19 de junio de 2014, por tanto, indiscutiblemente mantiene la legitimidad

cimiento expreso de la historia como fuente fundamentadora de la monarquía en España, y de la elección del propio rey.

Como he apuntado, otros preceptos del mismo título contienen referencias que implican un reconocimiento de la configuración histórica de la monarquía. Por ejemplo, el artículo 56.2 señala que “[s]u título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona”, lo cual obviamente solo puede determinarse mediante el correspondiente conocimiento histórico. El mismo artículo 57.1, una vez culminado el inciso antes transcrito sobre don Juan Carlos, reproduce las reglas del orden de sucesión en el trono, recogiendo —aunque no lo dice expresamente— las que históricamente han regido dicha sucesión —alguna de las cuales, como se verá, probablemente requiera una reforma para su adaptación a los parámetros actuales—. El apartado 2 del mismo precepto, relativo al príncipe heredero, afirma que el mismo “tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España”.

Son solo algunos ejemplos de ese reconocimiento del papel de la historia en aspectos vinculados a la Corona, sobre todo como se ve en aspectos simbólicos. En otros casos, el constituyente ha querido recoger lo que ha sido una tradición histórica de la monarquía, pero adaptándola a la nueva realidad constitucional. Tal es el caso del juramento del rey ante las Cortes en el momento de ser proclamado (art. 61.1), una constante histórica que la Constitución adapta al señalar que “[...] prestará juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y las Comunidades Autónomas”.

Pero además de este reconocimiento a la historia en concretos preceptos del título II, es importante destacar que la misma puede jugar un importante papel a la hora de interpretar y aplicar dichos preceptos y, sobre todo, a la hora de completar las posi-

dinástica o tradicional, además de la que le da el seguimiento del proceso establecido por el constituyente soberano que, hasta eventual reforma, legitima a la propia institución y a quienes la encarnan siguiendo las reglas establecidas. Sobre la cuestión de la legitimidad y la dinastía histórica, véanse las interesantes consideraciones de Torres del Moral, Antonio, “La monarquía parlamentaria...”, *cit.*, pp. 51 y ss.

bles lagunas de la regulación constitucional (y legal) de la Corona. Si la monarquía es la forma de gobierno histórica y precede en muchos siglos a la propia regulación constitucional, es razonable pensar que en aquellos aspectos en que la norma fundamental no regula expresamente, se tengan en cuenta las prácticas y tradiciones históricas. En términos jurídicos, esta utilización puede justificarse en la medida en que se considere que esa tradición cumpla los requisitos de una costumbre jurídica, o al menos, que resulte un elemento útil en la interpretación —esta ha de tener en cuenta los antecedentes históricos—, permitiendo resolver aspectos dudosos. Con todo, creo que esta utilización de la historia debe llevarse a cabo teniendo en cuenta dos límites y condicionantes de importancia:

- a) En primer lugar, ha de tener como límite absoluto la propia Constitución (y, en su caso, la regulación legal de los diversos aspectos de la Corona), de tal manera que en todo lo que la tradición histórica pueda resultar contraria a la letra o el espíritu de la norma constitucional, deberá ser descartada. Ello limita su papel al de elemento interpretativo de los preceptos constitucionales o elemento que puede coadyuvar a obtener la respuesta en casos de lagunas. Como es sabido, puede admitirse la costumbre *praeter constitutionem* o *extra constitutionem*, pero nunca *contra constitutionem*.⁵⁴

⁵⁴ Un ejemplo de posible utilización de la costumbre —o al menos de algunos precedentes históricos— a la hora de interpretar la regulación constitucional —en este caso, la confusa redacción del precepto constitucional—, puede encontrarse en las dudas surgidas con motivo de la abdicación del rey don Juan Carlos I, anunciada el 2 de junio de 2014 y que generó un inmediato debate doctrinal sobre cuál debía ser la interpretación más adecuada del art. 57.5, cuando dispone que “Las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica”. Sin que proceda ahora profundizar en dicho debate, cabe apuntar que en el mismo se consideraron los —escasos— antecedentes históricos de abdicaciones, así como las regulaciones constitucionales decimonónicas de la cuestión, que parece fueron tenidas en cuenta por el constituyente. Finalmente, como es sabido, se siguió el criterio que parece derivarse de la literalidad del art. 57.5, aprobándose una ley orgánica *ad hoc* para hacer efectiva la abdicación, en concreto la ley orgánica 3/2014, de 18 de junio. Ya el preámbulo de la citada ley

- b) En segundo lugar, la historia no debe utilizarse para petrificar usos y costumbres cuando se considere que los mismos no son adecuados a los tiempos actuales. Como creo que se deduce de todo lo que he venido exponiendo, la invocación a la historia, particularmente en lo relativo a la monarquía, implica una llamada a una consideración dinámica y, por tanto, ha de hacerse siempre con un margen de apertura a la evolución y la adaptación al momento actual y al futuro. Tampoco hay que olvidar que, como ya he dicho, si bien la monarquía cuenta en España con una tradición multiseular, la monarquía parlamentaria es casi una fórmula novedosa en 1978. Por lo demás, hay que tener en cuenta que en esta materia los precedentes estarán casi siempre muy alejados en el tiempo, de tal manera que cambios muy significativos en el contexto

afirma que el art. 57.5 “[s]igue los precedentes históricos del constitucionalismo español, que en los textos fundamentales de 1845, 1869 y 1876 y, con variaciones, en otros precedentes, ya reservaban al poder legislativo la solución de las cuestiones a que diera lugar la sucesión así como la autorización de la abdicación, incluso mediante una ley especial para cada caso”. Lo que me interesa destacar es que, primero que todo y a pesar de las aparentes paradojas que encierra la fórmula finalmente seguida, la misma parece la más acorde con la regulación constitucional vigente, que es la fuente primaria de la regulación, y con un sistema de monarquía parlamentaria, dando un relevante papel a las Cortes Generales en el proceso. Por lo demás, en este caso, una interpretación basada en los antecedentes históricos —en la etapa de monarquía constitucional— parece confirmar esta interpretación, sin necesidad de llegar a pronunciarse sobre si estaríamos ante un caso de costumbre *secundum constitutionem*. Y cualquier precedente histórico que resultase contrario a esta regulación debería lógicamente obviarse. Una valoración muy interesante de este proceso, con sus dudas y sus aspectos positivos, puede verse en Herrero de Miñón, Miguel, “La abdicación constitucional. Laudanda et minoranda”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 47, oct, 2014, pp. 32 y ss., quien, aunque entiende que en el caso concreto el resultado ha sido positivo, se pronuncia más a favor de una interpretación del precepto que respete la consideración de la abdicación como acto unilateral del rey, que las Cortes se limitarían a tomar en cuenta, sin que la eficacia de la abdicación debiera depender de la intervención de las Cortes. El número de la citada revista, monográfico titulado *El rey ha abdicado, ¡viva el rey!*, contiene diversos trabajos sobre las abdicaciones históricas en España y su regulación constitucional, sin que me pueda detener más ahora en este interesante punto.

social, político o cultural pueden hacerlos prácticamente inservibles tras varias décadas o incluso siglos.⁵⁵ En ocasiones, desde luego, puede resultar dudoso —y acaso indiferente en términos estrictamente constitucionales— si una situación determinada debe resolverse de acuerdo con las prácticas y tradiciones históricas, o con otros parámetros derivados de principios más actuales.⁵⁶

⁵⁵ Aunque no sea posible profundizar en el ejemplo, creo oportuno mencionar un supuesto conocido propio de la monarquía británica. En 1936, Eduardo VIII abdicó para casarse con Wallis Simpson, una mujer dos veces divorciada, dado que ello se consideraba incompatible para un monarca (e igualmente que la mujer se convirtiera en reina, aunque se llegó a barajar y también se descartó la opción de que se casaran pero ella no ostentase el título de reina). Probablemente no pueda afirmarse con rotundidad que esta incompatibilidad lo fuese con la propia Constitución inglesa (dado el carácter predominantemente consuetudinario de esta, no resulta fácil precisar qué podría estipular al respecto, y tampoco es esta la vía habitual para el razonamiento o interpretación constitucional en el sistema inglés), pero lo cierto es que por un conjunto de razones morales, religiosas, políticas y sociales, el Gobierno del Reino Unido y los de otros países de la Mancomunidad Británica de Naciones, lo consideraron inadecuado, lo que forzó a la abdicación del monarca para poder contraer ese matrimonio. Hoy, como es sabido, el heredero a la Corona británica está casado con una mujer divorciada, y el mismo se había divorciado antes de enviudar, sin que parezca que esta situación haga, a día de hoy, cuestionar el derecho de ambos a reinar. En España, como es sabido, el art. 57.4 señala que “aquellas personas que, teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas de la sucesión a la Corona por sí y sus descendientes”. Parece que la interpretación más común del precepto implica que, por un lado, si no se produce la doble prohibición —rey y Cortes—, cualquier persona con derechos sucesorios puede contraer matrimonio libremente sin perder en ningún caso sus derechos. En cambio, si se produce esa doble prohibición, y con independencia de los motivos que se invoquen —o incluso de la ausencia de motivos explícitos—, se perderán los derechos sucesorios en caso de que el afectado decidiera en todo caso contraer matrimonio. Pero probablemente en un Estado de derecho (art. 1.1) en el que la arbitrariedad de los poderes públicos está prohibida (art. 9.3) cabe exigir al menos que esas prohibiciones matrimoniales estén motivadas. Y si se exige eso, es razonable pensar que la motivación no resulte del todo indiferente, y desde luego considerar inadmisibles aquellos motivos contrarios a los principios y valores constitucionales.

⁵⁶ Un ejemplo podría ser la celebración o no de una misa con ocasión de la proclamación de un nuevo rey. Con motivo de la proclamación de Felipe

4.2. La racionalización de la monarquía “dentro de” la Constitución: transparencia, control de gastos, procedimiento de abdicación, interpretación de las prerrogativas

A pesar de la importancia de la historia en la justificación —y en parte en la configuración— de la monarquía, es muy importante reiterar que en términos jurídicos, la monarquía parlamentaria empieza en la Constitución, nace de ella y encuentra en ella toda su legitimación. La historia explica la decisión del constituyente, pero solo su inclusión en la Constitución legitima la monarquía que actualmente tenemos.

En este contexto puede entenderse la cuestión de la llamada “racionalización” de la monarquía.⁵⁷ La incorporación de la monarquía a una Constitución plenamente democrática es un im-

VI, el 19 de junio de 2014, algunas opiniones destacaron la ausencia de ese acto religioso, a diferencia de lo sucedido en el caso de la proclamación de su padre en 1975, y de todos los precedentes históricos anteriores. En este caso está claro que en la decisión adoptada ha pesado más la concepción actual de lo que deriva de la no confesionalidad del Estado, que la tradición histórica. Yo creo que en todo caso se trata de una cuestión que la Constitución no resuelve, y si bien es obvio que en nuestro Estado ninguna confesión tiene carácter oficial y, por tanto, en modo alguno un acto religioso podría tener carácter oficial, podrían existir argumentos para el mantenimiento de dicha práctica, desprovista eso sí de todo carácter oficial. Dichos argumentos solo podrían ser la propia tradición histórica o la voluntad de los propios nuevos monarcas de acuerdo con sus creencias (por ese motivo, por ejemplo, parece obvio que como todo ciudadano pueden contraer matrimonio religioso, aunque solo los efectos civiles del mismo tendrán las consecuencias constitucionales que procedan). Sin embargo, creo que frente a estos argumentos está la posible confusión entre estos aspectos históricos —o privados— y el carácter oficial de la proclamación, confusión que debe evitarse en un Estado no confesional. Por lo mismo, los precedentes históricos deben tener en este punto un valor relativo, dado que se trataba de la primera proclamación de un rey tras la Constitución de 1978, lo que implica que todas las anteriores se producían en el contexto de otros principios y valores.

⁵⁷ Sobre esta cuestión, véase especialmente Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *¿Qué le falta a la monarquía española para estar plenamente racionalizada? La monarquía española del siglo XXI*, Valladolid, Fundación Aranzadi Lex Nova-Thomson Reuters, 2015.

portante elemento racionalizador. No obstante, parece que este y otros elementos de racionalización que claramente se derivan de la norma fundamental no son suficientes en la actualidad. Por ello, en los últimos tiempos, en medio de una profunda crisis que afecta a muchos valores e instituciones, algunos cuestionan la propia institución monárquica en España; y muchos de quienes defienden la monarquía vienen apuntando la necesidad de intensificar esa racionalización. En realidad, esa idea de racionalización suele aludir a la conveniencia de intensificar la compatibilización entre monarquía, igualdad y valores democráticos.

Ello implica la conveniencia de eliminar cualquier residuo de privilegio injustificado en el estatuto del monarca y de los demás miembros de la familia real, así como, probablemente, reducir al mínimo el ámbito de sus actuaciones políticas que impliquen cierta discrecionalidad —dando por hecho que, como ya he reiterado, en toda monarquía parlamentaria el monarca carece por definición de funciones o competencias que impliquen auténticos poderes de decisión política—. Todo ello puede hacerse, en muy buena medida, dentro del actual marco constitucional. Así, pueden apuntarse diversos aspectos en los que cabe incidir de cara a intensificar esa racionalización o “modernización” de la monarquía —en algunos de los cuales es justo decir que ya se ha ido avanzando en los últimos años—:

- a) una mayor transparencia y control en el gasto de la Corona. Si bien la Constitución establece en el artículo 65.1 que el rey distribuye libremente la cantidad que recibe de los presupuestos para el sostenimiento de su familia y casa, ello es compatible con que dicha distribución sea pública y esté sometida a un mínimo control jurídico y social. En realidad, podría pensarse que en un Estado democrático de derecho en el que no cabe la arbitrariedad de los poderes públicos, esa publicidad es una exigencia. Por lo demás, la transparencia y el conocimiento público deben extenderse a muchos otros aspectos internos de la Corona y la casa real, en la medida en que tengan relevancia o interés público. En este sentido, debe valorarse positivamente que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, incluya a la casa de su majestad el rey dentro del

ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre transparencia incluidas en su título I (art. 2.1.f) de la citada ley).

- b) una interpretación más estricta de las prerrogativas del rey y de las que puedan corresponder al resto de miembros de la familia real. Como antes se apuntó, la inviolabilidad del rey se justifica por la falta de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones y, por tanto, debería estar reducida al ámbito de la actuación del rey como tal. A mi juicio, para llegar a esta conclusión solo sería necesaria una interpretación adecuada de la Constitución, lo que probablemente debería implicar un desarrollo legal de este aspecto, tanto para precisar el ámbito de la inviolabilidad como, sobre todo, para prever el aforamiento que debiera corresponderle al rey en los casos en los que su actuación no esté cubierta por la inviolabilidad. Pero propiamente no sería necesaria una reforma constitucional para llevar a cabo esa interpretación de la inviolabilidad más acorde en un Estado democrático de derecho. En cuanto a otros miembros de la familia real, ya se ha apuntado que la ley orgánica 4/2014, de 11 de julio, ha establecido el aforamiento en algunos casos en los que el mismo resulta, a mi juicio, razonable en el contexto de nuestro sistema.
- c) la interpretación del procedimiento de abdicación del modo más racional, dando al Parlamento un protagonismo importante, al intervenir las Cortes Generales mediante una ley orgánica singular, expresando así una voluntad sin la cual la abdicación no habría sido jurídicamente posible, aspecto este al que ya he hecho alusión. Cabe ahora destacar que la solución adoptada en 2014, además de ser probablemente la más acorde con la letra de la Constitución, profundiza en la racionalización de la monarquía, a pesar de las dudas que plantea.⁵⁸

⁵⁸ Cabe apuntar como aparentes contradicciones, que: 1. el rey que abdica sanciona la ley orgánica que hace efectiva la abdicación; 2. parece convertirse un acto en principio personalísimo en un acto bilateral; 3. se plantea la gran duda de qué sucedería si las Cortes Generales se negasen a aprobar la ley orgánica (en modo alguno cabe pensar que esta aprobación sea un acto debido o carente del margen de apreciación y discrecionalidad que

d) en general, una interpretación y aplicación de las normas constitucionales más acorde con los principios constitucionales —en especial el principio de igualdad—, los derechos fundamentales y la democracia. Aquí cabría poner no pocos ejemplos. Me he referido antes a la cuestión de la interpretación que deba darse a la posible prohibición por parte del rey y de las Cortes del matrimonio de cualquier persona que tenga derecho a la sucesión (art. 57.4), y cómo una interpretación “racionalizadora” del mismo parece conducir como mínimo a la exigencia de motivación en dicha prohibición. En este punto cabría plantear también la peliaguda cuestión de cuál sería la posición constitucional de los eventuales hijos extramatrimoniales del rey. Me parece que en un Estado democrático de derecho que proclama la igualdad como valor superior (art. 1.1); que expresamente proclama la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación (art. 39), y que no hace salvedad alguna al regular el orden sucesorio (art. 57.1), a falta de excepción o mención constitucional expresa, no cabe otra solución jurídica que entender que los hijos extramatrimoniales ocuparían la misma posición que los matrimoniales, incluyendo la relativa al orden sucesorio y, llegado el caso, el acceso al trono. A fin de cuentas, la de monarca es una función pública, cuyo acceso, si bien no está abierto a todos los ciudadanos, sigue unas reglas constitucionalmente establecidas, sin que quepa establecer entre los que tengan derechos sucesorios prioridades distintas a las que la propia norma fundamental establece.

la Constitución encomienda a las Cortes como representantes del pueblo soberano). Por ello, como se ha visto, en su momento se sugirió que la más correcta interpretación del art. 57.5 sería que la ley orgánica a la que el mismo se refiere, o no es aplicable a las abdicaciones y renunciaciones, o en caso de que sí se trataría de una ley orgánica previa que debería haber regulado con carácter general estos supuestos. Pero esta interpretación, aparte de chocar con la letra del precepto (cuyo sujeto es “las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho...”, y el verbo “se resolverán”, lo que alude claramente a una situación concreta ya planteada), sería menos racionalizadora al postergar el papel de las Cortes en un momento de incuestionable trascendencia constitucional como es la abdicación del rey.

e) en fin, más allá de lo que sería estrictamente la interpretación y el desarrollo de las normas constitucionales sobre la Corona, cabe apuntar que, sin modificar el actual marco constitucional, son muchos los gestos, actitudes y criterios de funcionamiento que pueden contribuir de forma notoria a configurar una monarquía cercana al pueblo. No hablaríamos ya tanto de racionalización como de modernización o renovación. En esta línea, transparencia, cercanía y austeridad pueden ser los criterios básicos de una monarquía que pretenda ser moderna y adaptada a los tiempos actuales. Aquí se requiere ir incluso más allá de la racionalización, en una línea de modernización y adaptación a los tiempos. Aunque ciertamente, el derecho poco puede hacer en esta línea que no cabe imponer, sino que dependerá, sobre todo, de la actuación y la imagen que dé el monarca y los demás miembros de la familia real. En cualquier caso, en un sistema monárquico no basta en realidad la legitimidad tradicional, y acaso ni siquiera la racional, hay que ganarse el afecto del pueblo en el trabajo diario. En esta línea se ha pronunciado claramente el nuevo rey Felipe VI desde su discurso de proclamación.⁵⁹

⁵⁹ Me permito transcribir algunas líneas de dicho discurso de proclamación, que ponen de relieve que Felipe VI es plenamente consciente de la necesidad de ese talante cercano:

“Pero las exigencias de la Corona no se agotan en el cumplimiento de sus funciones constitucionales. He sido consciente, desde siempre, de que la monarquía parlamentaria debe estar abierta y comprometida con la sociedad a la que sirve; ha de ser una fiel y leal intérprete de las aspiraciones y esperanzas de los ciudadanos, y debe compartir —y sentir como propios— sus éxitos y sus fracasos.

La Corona debe buscar la cercanía con los ciudadanos, saber ganarse continuamente su aprecio, su respeto y su confianza; y para ello, velar por la dignidad de la institución, preservar su prestigio y observar una conducta íntegra, honesta y transparente, como corresponde a su función institucional y a su responsabilidad social. Porque, solo de esa manera, se hará acreedora de la autoridad moral necesaria para el ejercicio de sus funciones. Hoy, más que nunca, los ciudadanos demandan con toda la razón que los principios morales y éticos inspiren —y la ejemplaridad presida— nuestra vida pública. Y el rey, a la cabeza del Estado, tiene que ser no solo un referente sino también un servidor de esa justa y legítima exigencia de todos

4.3. La racionalización de *constitutione ferenda*: la supresión de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión, y otros anacronismos

Aunque, como se ha visto, la Constitución permite un amplio margen para intensificar ese proceso de racionalización, creo que en ciertos aspectos el mismo no puede avanzar sin una reforma constitucional. Probablemente el ejemplo más claro, y sobre el cual existe hoy un mayor consenso, es el de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión al trono, dentro del mismo grado (art. 57.1). Se trata de una preferencia basada en las normas históricas, que el constituyente incorporó en 1978. Es una auténtica excepción al principio constitucional de igualdad, si bien es jurídicamente inobjetable el formar parte de la misma norma fundamental que establece dicho principio.⁶⁰ En cualquier caso, desde hace ya bastantes años, los partidos mayoritarios y la mayor parte de los autores consideramos incompatible con los valores de nuestro tiempo. Por ello se entiende que hace ya más de una década el gobierno se plantease su reforma.⁶¹

Seguramente el anterior es el precepto que de forma más clara pone de relieve que la modernización de la Corona requiere una reforma constitucional, y quizá el único que impide toda vía de actualización en ese punto, sin llevar a cabo dicha reforma. Con todo, si finalmente se fuese a acometer una modificación

los ciudadanos” (Mensaje de su majestad el rey en su proclamación ante las Cortes Generales, Madrid, 19 jun 2014, consulta 16 may 2015, disponible en http://www.casareal.es/ES/Actividades/Paginas/actividades_discursos_detalle.aspx?data=5359

⁶⁰ Sobre el tema, Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 282 y ss., y la bibliografía allí citada.

⁶¹ Sobre este importante tema, en el que no puedo profundizar más, véase especialmente Rubio Llorente, Francisco y Álvarez Junco, José, *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Madrid, CEPC, 2006, así como el núm. 8 del *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha, dedicado monográficamente a la reforma constitucional. Un análisis de todo este proceso de reforma —en realidad no iniciado—, en Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

del título II, acaso fuera conveniente ampliar en algo el ámbito de la reforma.⁶² A mi juicio, por un lado, ello tendría sentido para precisar algunos aspectos que la práctica ha demostrado algo dudosos o problemáticos y sobre los cuales aquí he defendido que cabe una interpretación más racionalizadora sin necesidad de reforma, pero también puede reconocerse que una vez emprendida la reforma, podría ser conveniente precisar. Me refiero a la cuestión de la inviolabilidad del rey (art. 56.3), a la que quizá podría añadirse con rango constitucional una regulación de sus prerrogativas como el aforamiento (para los casos no cubiertos por la inviolabilidad), así como las de otros miembros de la familia real, hoy recogidas, como se ha dicho, en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otro lado, una posible reforma de este título podría aprovechar para añadir algunos de los elementos de racionalización y modernización —o al menos sus principios básicos— a los que se considera conveniente otorgar el máximo rango jurídico. Aquí, por ejemplo, podrían incorporarse los antes apuntados, relativos a la transparencia o austeridad en el gasto.

5. NECESIDAD, LÍMITES Y CONTRADICCIONES DE LA RACIONALIZACIÓN

5.1. La necesidad: monarquía, democracia y principios constitucionales

Creo que de las páginas anteriores se deduce sin dificultad la idea de que la monarquía ha seguido un proceso de racionalización conducente a su actual fase de monarquía parlamentaria, y que este proceso resultaba imprescindible para hacerla compatible con la democracia. Sin embargo, desde una perspectiva dinámica se aprecia que dicho proceso debe seguir intensificándose en

⁶² Algunas propuestas de interés al respecto pueden verse en Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *¿Qué le falta a la Monarquía española...?*, cit., aunque aquí no se comparte la necesidad de reformar todos esos aspectos, algunos de los cuales, como menciono en el texto, no requerirían reforma constitucional, o incluso no requerirían una regulación adicional.

algunos aspectos, en la medida en que así lo exija la evolución de las concepciones sociales y, en definitiva, lo requieran los ciudadanos. En efecto, si la racionalización ha salvado a la monarquía como forma de gobierno en Estados democráticos y la propia institución monárquica ha demostrado una incuestionable capacidad de supervivencia por la vía de la adaptación a los tiempos, no debe asustar la conveniencia de que el proceso racionalizador se intensifique en aquellos aspectos en los que el soberano —es decir, el pueblo— decida. Es muy probable que en los tiempos que corren, ese proceso resulte imprescindible en España.

No hay que olvidar que precisamente la monarquía parlamentaria significa el sometimiento total del rey al pueblo y a lo que este decida a través de sus representantes en el poder legislativo, o mediante los procedimientos constitucionalmente señalados para el ejercicio del propio poder constituyente, que es así un “poder constituyente constituido”. Hoy, monarquía no es lo contrario de democracia, sino de república, y por tanto, siempre será positivo todo esfuerzo por intensificar los elementos democráticos e igualitarios y el respeto a los derechos fundamentales en la Corona.

Ahora bien, si la instauración de la monarquía parlamentaria supuso un gran avance al posibilitar la compatibilización entre monarquía y democracia, esta compatibilidad se basó exclusivamente en la idea de la eliminación de toda capacidad de decisión política —o de ejercicio discrecional de sus funciones constitucionales— por parte del rey, que quedaba así definitivamente sometido al Parlamento y los demás poderes del Estado. Pero parece que esto se logró inicialmente mediante el “aislamiento” de la institución monárquica, que parecía quedar así al margen de los principios constitucionales que se proclamaban con carácter general, como la igualdad y los derechos fundamentales, acaso porque se consideraba que esta institución tenía sus propias reglas, en el fondo incompatibles en muchos puntos con tales principios. Se dejaba así de lado una cuestión fundamental, como es la de la vigencia de los propios principios constitucionales en el interior de la Corona. De hecho, se diría que la regulación de esta quedaba apartada de la vigencia de los demás principios constitucionales, configurándose así como una clara excepción de los mismos. Había, pues, monarquía por un lado, y democracia, igualdad y derechos, por otro.

Ciertamente, esta concepción ha ido superándose con el tiempo, a la vez que se iba considerando necesario aplicar los mismos principios y, en especial, el de igualdad y el respeto a los derechos en el seno de la propia Corona. Por ello, ahora la regulación de la Corona requiere de una armonización con los principios y valores esenciales de la Constitución. Dicha armonización, según los casos, puede llevarse a cabo por la vía de la interpretación o la de la reforma. En el primer caso, estamos ante preceptos que no establecen expresamente la excepción en la igualdad o en los derechos, pero que se han aplicado tradicionalmente como si tal excepción existiera. Valdría aquí el ejemplo de los derechos y la posición de los hijos extramatrimoniales del rey, o incluso el de las limitaciones al derecho a contraer matrimonio de quienes tengan derechos sucesorios (aunque yo diría que estas últimas no deben ser eliminadas por completo, pero sí muy relativizadas, mediante una interpretación armonizadora del precepto que las establece). En este supuesto, creo que basta seguir el criterio de interpretar la Constitución como un todo y de acuerdo con la realidad social del momento en que ha de ser aplicada, para avanzar en ese proceso racionalizador.

En cambio, en el segundo caso, y como ya se ha visto, resulta imprescindible eliminar aquellas excepciones a la igualdad y el resto de los principios constitucionales que la Constitución establece de forma expresa. Tal sería el supuesto de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión.

5.2. Los límites: no todo se puede racionalizar

En mi opinión, y aun partiendo de esa necesidad de intensificar el proceso racionalizador de la monarquía, la racionalización tiene también límites. Los mismos derivan, sobre todo, de la imposibilidad e inconveniencia de someter a reglas todos los aspectos del funcionamiento de la Corona, o del papel y funciones que puede desempeñar el rey en la monarquía parlamentaria.

En efecto, desprovisto de toda *potestas*, las funciones del rey en una monarquía parlamentaria se centran, como antes he analizado, en los ámbitos representativo, simbólico, arbitral y moderador. Pero incluso en estos terrenos se suele señalar con

acuerdo que sus actuaciones no son libres, sino que estarán sometidas a las pautas derivadas de los poderes del Estado dentro del ámbito competencial de cada uno (y en estos aspectos, en la mayor parte de los casos al Gobierno). Sin embargo, pretender “racionalizar” todos estos ámbitos de actuación sometidos a regulación me parece problemático, innecesario e inconveniente. Lo primero, porque en realidad resulta imposible regular y establecer límites, condiciones y requisitos de actuación en un ámbito tan amplio como es el que comprende todas las actuaciones del rey en su papel de símbolo y representante del Estado en las relaciones internacionales, o en los de árbitro y moderador de las instituciones. Ciertamente, podrían establecerse normativamente algunas pautas generales de actuación, pero en realidad creo que las mismas se han seguido en la práctica durante décadas, lo que las hace innecesarias. Por otro lado, puede llegar a resultar inconveniente establecer criterios o procedimientos en ámbitos en los que el papel del rey, basado casi siempre en su *auctoritas* o en su capacidad de influencia, requiere precisamente de cierta reserva o discreción en sus comunicaciones con representantes políticos o institucionales españoles o extranjeros. Por lo demás, si lo que se busca con la propuesta de intentar racionalizar y reglamentar estos ámbitos de la actuación del rey es evitar ciertos problemas o daños a la imagen producidos por actuaciones pasadas, creo que ninguna regulación en este ámbito lo habría conseguido.⁶³

⁶³ Francisco Javier Díaz Revorio afirma en el “Prólogo” a Belda, Enrique, *¿Qué le falta a la Monarquía española...?*, cit.: “Ni todo es susceptible de regulación, ni probablemente la crisis que ha afectado a esta institución tenga que ver sobre todo con la ausencia de regulación o de previsión de consecuencias jurídicas en determinados supuestos. Para ser claro, probablemente los dos episodios que más daño han hecho a la imagen de la Corona han sido las imputaciones que ha de afrontar el cónyuge de una de las personas que formaban parte de la anterior familia real, y aquel desafortunado viaje del anterior monarca a África. Y creo que ninguna de las situaciones podría resolverse o evitarse con una regulación diferente. La primera, porque los tribunales están actuando de acuerdo con la legislación vigente, sin que exista jurídicamente ningún privilegio o tratamiento especial injustificado que lo impida, sin que se vea necesidad de otra regulación, ni posibilidad de evitar el incuestionable daño que el episodio ha provocado a la Corona. La segunda, en cambio, porque se trata de una actuación tan cuestionable en términos de imagen como impecablemente

Desde luego, contra la idea expuesta podría argumentarse señalando que la inconveniencia de esa regulación pone de relieve la imposibilidad de someter a reglas toda la actuación del monarca. Ello, si bien de forma acaso menos intensa puede trasladarse a otras instituciones del Estado y, sobre todo, a las unipersonales como el presidente del gobierno o el de una república, resultaría especialmente problemático en el caso del monarca, dado que este, como se ha visto, carece de legitimidad democrática, al no haber sido elegido por el pueblo ni por un órgano constitucional elegido por el pueblo. Posiblemente, aunque según algunos la monarquía parlamentaria se parece cada vez más a una república (también parlamentaria),⁶⁴ en la medida en que en ambas el jefe de Estado tiene un papel principalmente representativo —y carente en todo caso de capacidad para adoptar decisiones políticas—, no llega a ser del todo igual. Y ello no solo por la obvia diferencia de la forma de designación del jefe del Estado, sino porque en el caso de un rey, parece algo mayor el ámbito de sus actuaciones que, pudiendo tener influencia pública y estando dentro de su papel constitucional, no admite una fácil regulación. En todo caso, esto conduce ya a la cuestión de las paradojas de la racionalización de la monarquía.

legal, pues ni se infringió ninguna norma ni parece que nadie reclame que debiera prohibirse algo así, a pesar de resultar para muchos un comportamiento inoportuno”.

⁶⁴ Son varios los autores que, de uno u otro modo, se han referido a la monarquía parlamentaria como una república en términos materiales, obviamente con la peculiaridad de la jefatura del Estado. Por ejemplo, García, Eloy, “El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del art. 56.1 de la Constitución...”, *cit.*, pp. 303 y ss., retoma la expresión “República coronada”, que surge en el debate constitucional sobre la monarquía parlamentaria. Por su parte, López Aguilar, Juan Fernando, *La aventura democrática. La Constitución y el alma republicana en la Monarquía parlamentaria (1978-2009)*, Barcelona, Península, 2009, pp. 93 y ss., habla de la “republicanización” de la monarquía parlamentaria. En p. 95 afirma: “La legitimación de la Corona puede así comprenderse, sin paradoja alguna, desde una perspectiva republicana”. Y en p. 97 se pronuncia a favor de una “relectura democrática de la monarquía parlamentaria, tan inaplazable como necesaria, que a mi juicio debería ser compatible con una defensa razonada de sus virtualidades y funcionalidades positivas en clave republicana”.

5.3. Las paradojas: la monarquía tiene aspectos esencialmente desigualitarios

El necesario proceso de racionalización implica una cierta contradicción en una monarquía, cuya misma existencia supone una excepción a las normas democráticas —al menos en el seno de la propia institución— y al principio de igualdad, así como la limitación de algunos derechos. Así, por ejemplo, si se entiende que la racionalización implica una mayor adecuación de la institución a los principios democráticos y a los valores constitucionales, no es seguro que se avance en ella con el mero hecho de suprimir la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona. En efecto, aun suprimiendo esta diferencia basada en el sexo, siempre existirá un trato diferente por razón de edad o nacimiento, al preferirse al primogénito sobre sus demás hermanos. Desde luego, no trato con esto de decir que esta reforma no sea conveniente (ya me he posicionado antes al respecto), sino que la misma no puede presentarse sin más como una mera consecuencia de un proceso racionalizador. Por ello, a lo largo de este artículo, junto al término “racionalización” he usado con frecuencia la palabra “modernización” o la expresión “adaptación a los tiempos”, que en muchos casos parecen más apropiadas. El propio Felipe VI habló en su mensaje de proclamación de “una monarquía renovada para un tiempo nuevo”.⁶⁵

Y es que si bien podrían intentar suprimirse algunas regulaciones parciales que impliquen en el seno de la Corona desigualdad, ausencia de principios democráticos o limitación de los derechos fundamentales, resulta imposible erradicar todas ellas; o en realidad, la más importante de ellas, y que es que el acceso a la más alta magistratura del Estado en una monarquía es, por definición, intrínsecamente desigualitario y no democrático, en la medida en que no solo los ciudadanos no participan en la elección de la persona que va a desempeñar el cargo, sino que se restringen las personas que pueden hacerlo. De este modo, a pesar de que de la Corona forman parte algunas de las más altas magistraturas del Estado, y en particular las de rey, reina, regen-

⁶⁵ *Mensaje de su majestad el rey...*, cit. Un comentario a esta idea, que denomina “una frase feliz”, puede verse en Aragón Reyes, Manuel, “Un nuevo rey...”, cit., pp. 50 y ss.

te y príncipes de Asturias, la vía de acceso a las mismas no deja de ser, por definición, una clara excepción al derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 constitucional).

Como he reiterado en este trabajo, los anteriores límites a la aplicación de los principios constitucionales no suponen incompatibilidad con la democracia, en la medida en que afectan a una magistratura que no forma parte de ninguno de los poderes del Estado y carece de todo poder de decisión política discrecional.⁶⁶ Y, por otro lado, la falta de legitimidad democrática del rey, al no ser elegido por el pueblo, es compatible con la legitimidad de la institución cuando la misma está prevista y regulada en una Constitución democrática. Además, me parece incuestionable que la monarquía parlamentaria existe hoy en muchos Estados plenamente democráticos como tributo justificado a su historia, ya que la Corona es en estos casos el mejor símbolo de la misma.⁶⁷ Desde esta perspectiva, la monarquía puede incluso mostrar algunas ventajas a la hora de garantizar el apartamiento de la jefatura del Estado del juego partidista.⁶⁸ Como ya dije, la historia

⁶⁶ Desde luego, esta idea es susceptible de debate, en la medida en que en la monarquía persiste el acceso no democrático a la jefatura del Estado. Una excelente justificación de esta compatibilidad se encuentra en el reciente trabajo de García, Eloy, “El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del art. 56.1 de la Constitución”, *cit.*, pp. 302 y ss.

⁶⁷ En esta línea, por ejemplo, Alvarado Planas, Javier, “La Corona como símbolo”, en Torres del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995, p. 98, afirma: “La pervivencia de la institución monárquica cobra sentido en la actualidad en la medida en que satisfaga su vocación simbólica, es decir, histórica, y prolongue solo los aspectos positivos del instituto”.

⁶⁸ Esta idea, expresada por el propio rey don Juan Carlos en varias ocasiones, ha sido reiterada muy claramente por Felipe VI en su discurso de proclamación: “La independencia de la Corona, su neutralidad política y su vocación integradora ante las diferentes opciones ideológicas, le permiten contribuir a la estabilidad de nuestro sistema político, facilitar el equilibrio con los demás órganos constitucionales y territoriales, favorecer el ordenado funcionamiento del Estado y ser cauce para la cohesión entre los españoles. Todos ellos, valores políticos esenciales para la convivencia, para la organización y desarrollo de nuestra vida colectiva”, *Mensaje de Su Majestad el Rey...*, *cit.*

explica, la Constitución legítima, pero hay también una legitimidad de ejercicio que exige una actuación adecuada y, más que en ninguna otra magistratura, ejemplar, así como la adaptación a las circunstancias.

En cualquier caso, en términos de racionalización, la monarquía siempre implicará una cierta excepción y nunca podrá competir con la república. Y es que podría decirse que la monarquía más racionalizada es una república. Es verdad que la monarquía debe racionalizarse más para adaptarse a los tiempos y las exigencias de la sociedad y, sobre todo, debe modernizarse en algunos aspectos para seguir prestando un servicio útil a España. Pero es difícil saber en qué momento ese proceso puede provocar una pérdida de su sentido último o de sus propias reglas internas.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 2 vols., 1988.
- , *Símbolos de España*, Madrid, CEPC, 2000.
- , *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001.
- Alonso, José María, “El rey reina pero no gobierna”, en *Diario español República Constitucional*, consulta 16 may 2015, disponible en <http://www.diariorc.com/2013/03/04/el-rey-reina-pero-no-gobierna/>
- Alvarado Planas, Javier, “La Corona como símbolo”, en Torres del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995.
- Álvarez Conde, Enrique y Tur Ausina, Rosario, *Derecho constitucional*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2014.
- y Vera Santos, José Manuel, *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, Madrid, La Ley, 2008.
- Alzaga, Óscar, “La monarquía parlamentaria, forma política del Estado”, en AA.VV., *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001.

- , “La monarquía”, en *Derecho político español según la Constitución de 1978*, 4a ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, vol. II.
- Aparicio Pérez, Miguel A. y Barceló i Serramalera, Mercé (coords.), *Manual de derecho constitucional*, Barcelona, Aletier, 2009.
- Aragón Reyes, Manuel, “La monarquía parlamentaria (comentario al art. 1.3 de la Constitución)”, en *Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Madrid, Civitas, 1990.
- , “Un nuevo rey en nuestra monarquía parlamentaria”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 47, oct, 2014.
- Artola, Miguel, (dir.), *Colección las constituciones españolas*, Madrid, Iustel, 2008.
- Bagehot, Walter, *The English Constitution (1867)*, trad. de Alfonso Posada, La Constitución inglesa, México, IJ-UNAM, 2005.
- Barrios, Feliciano, “Las Cortes de los reinos españoles en los siglos XVI y XVII”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa, 2011, vol. I.
- Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *¿Qué le falta a la monarquía española para estar plenamente racionalizada? La monarquía española del siglo XXI*, Valladolid, Fundación Aranzadi Lex Nova-Thomson Reuters, 2015.
- , *El poder del rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Madrid, Cuadernos del Senado, 2003.
- , *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.
- , *Las instituciones funcionaron. 25 años del golpe*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006
- , “23 de febrero de 1981: la reinterpretación jurídica de un suceso propio de períodos de transición”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 155, ene-mar, 2012.
- Carreras, Francesc de, “Significado constitucional de la monarquía parlamentaria”, en Tusell, Javier; Lario, Ángeles y Portero, Florentino (eds.), *La Corona en la historia de España*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003.

- Carretero Zamora, Juan Manuel, *Corpus documental de las Cortes de Castilla (1475-1517)*, Toledo, Cortes de Castilla-La Mancha, 1993.
- Cebrián, Juan Luis, “El no gobierna, pero reina”, en *El País*, 23 jun 2014, consulta 16 may 2015, disponible en http://elpais.com/elpais/2014/06/22/opinion/1403444492_752170.html
- Colomer Viadel, Antonio, *Los liberales y el origen de la monarquía parlamentaria en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- Corominas, Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª ed., Gredos, 1973.
- Delgado, Jaime, “La evolución política en el siglo XIX”, en AA.VV., AA.VV., *Gran historia universal*, Madrid, Club Internacional del Libro, vol. 31.
- Díaz Revorio, F. Javier, “Proceso constituyente y proceso descentralizador: ¿de dónde venimos y adónde vamos?”, en Oliver Araujo, Joan (dir.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- , “Cádiz e Iberoamérica: sobre las influencias medievales y contemporáneas en la Constitución de 1812... y en Iberoamérica”, en Díaz Revorio, Francisco Javier; Revenga Sánchez, Miguel y Vera Santos, José Manuel (dirs.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- , *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEPC, 1997.
- Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa-Fundación Rafael del Pino, 2011.
- , *Curso de historia del derecho*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003.
- , “Martínez Marina y la teoría de las Cortes”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, consulta 28 abr 2015, disponible en www.juridicas.unam.mx
- Espíndola Zago, Octavio, “Más allá del Rin: La República de las dos naciones, 1569-1795”, consulta 16 may 2015, disponible

en <http://historia.dosmildiez.net/COORDINACION/wp-content/uploads/2013/01/La-Rep%C3%BAblica-de-las-Dos-Naciones-1569-1795.pdf>

Fernández-Fontecha Torres, Manuel y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo, *La monarquía y la Constitución*, Madrid, Civitas, 1987.

García Canales, Mariano *La monarquía parlamentaria española*, Tecnos, Madrid, 1991.

—, “Las monarquías parlamentarias europeas”, en Torres del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995.

García Escudero, José María, “La monarquía parlamentaria en la historia de España”, en AA.VV., *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001.

García Fernández, Javier, “Las funciones del rey en la monarquía parlamentaria”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 47, oct, 2014.

— y Espín Templado, Eduardo, *Esquemas del constitucionalismo español “1808-1976”*, dirección y estudio preliminar de Jorge de Esteban, Madrid, Universidad Complutense, 1976.

García Pelayo, Manuel, *Mitos y símbolos políticos*, Madrid, Taurus, 1964.

—, *Obras completas*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009, vol. I.

García, Eloy, “El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del art. 56.1 de la Constitución”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2º semestre, 2014.

González-Trevijano Sánchez, Pedro, *La costumbre en el derecho constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1989.

—, *El refrendo*, Madrid, CEPC, 1998.

Herrero de Miñón, Miguel, “La abdicación constitucional. Laudanda et minoranda”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 47, oct, 2014.

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1978.

- Jiménez de Parga, Manuel, “El estatuto del rey en España y en las monarquías europeas”, en Lucas, Verdú, Pablo (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Universidad Complutense, 1983.
- Keane, John, *The life and death of democracy*, Londres, Simon & Shuster, 2009.
- Llorca, Carmen, *Parlamentarismo y constituciones en España*, Madrid, Editorial Itsmo, 1988.
- López Aguilar, Juan Fernando, *La aventura democrática. La Constitución y el alma republicana en la Monarquía parlamentaria (1978-2009)*, Barcelona, Península, 2009.
- López Guerra, Luis, “Las funciones del Rey y la institución del refrendo”, en Torres del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995.
- Lord, Robert Howard, “The Parliaments of the Middle Ages and the Early Modern Period”, en *Catholic Historical Review*, vol. 16, núm. 1, 1930.
- Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. IV.
- Malamud Rikles, Carlos D., “Brasil: del dominio oligárquico al «milagro»”, en AA.VV., *Gran historia universal*, Madrid, Club Internacional del Libro, vol. 31.
- Martín, José Luis, “De Hispania a las Españas. De la unidad romano-visigoda a la unificación de los reyes católicos”, en Tusell, Javier; Lario, Ángeles y Portero, Florentino (eds.), *La Corona en la historia de España*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003.
- Martínez Marina, Francisco, *Teoría de las Cortes o Grandes Justas Nacionales de los Reinos de León y Castilla*, Madrid, Imprenta de D.Fermín Villalpando, 1813, 3 vols., consulta 28 abr 2015, disponible en http://books.google.es/books/about/Teor%C3%ADa_de_las_Cortes.html?hl=es&id=O3ADAAAQAAJ
- Matheus Samper, Luisa, “Introducción al estudio de la Constitución de Canadá”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, núm. 22, 2004.

- Menéndez Rexach, Ángel, *La jefatura del Estado en el derecho público español*, Madrid, INAP, 1979.
- Mensaje de Su Majestad el Rey en su Proclamación ante las Cortes Generales, Madrid, 19 jun 2014, consulta 16 may 2015 disponible en http://www.casareal.es/ES/Actividades/Paginas/actividades_discursos_detalle.aspx?data=5359
- Molas, Pere, “Las Cortes nacionales en el siglo XVIII”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa, 2011, vol. I.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 11ª ed. rev. y puesta al día por Manuel Carrasco Durán, Marcial Pons, 2007.
- , “La Jefatura del Estado en la monarquía y en la república”, en Lucas Verdú, Pablo (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Universidad Complutense, 1983.
- Procter, Evelyn S., *Curia y Cortes en Castilla y León 1072-1295*, trad. de Antonio S. Durán y Salustiano Moreta, Madrid, Cátedra, 1988.
- Rubio Llorente, Francisco y Álvarez Junco, José, *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Madrid, CEPC, 2006.
- , “La Corona”, en *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001.
- Satrústegui, Miguel, “La Corona”, en López Guerra, Luis y otros, *Derecho constitucional*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, vol. II.
- Tomás Villarroya, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, 11ª ed., Madrid, CEC, 1994.
- Tomás y Valiente, Francisco, *Códigos y constituciones*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.
- Torres del Moral, Antonio, *Constitucionalismo histórico español*, 5ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 2004.
- , “La monarquía parlamentaria como forma política del Estado español”, en Lucas Verdú, Pablo (dir.), *La Corona y la*

- monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Universidad Complutense, 1983.
- , “La monarquía parlamentaria como simbólica e integradora”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 47, oct, 2014.
- , *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense, 2004, vol. II.
- y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995.
- Tusell, Javier; Lario, Ángeles y Portero, Florentino (eds.), *La Corona en la historia de España*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003.
- Varela Suanzes, Joaquín, “La monarquía en la historia constitucional española”, en Torres del Moral, Antonio y Gómez Sánchez, Yolanda (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, Madrid, UNED, 1995.
- Vera Santos, José Manuel, *Las constituciones de España*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.
- Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, 2ª ed., FCE-España, 2002.

La formación histórica del Parlamento contemporáneo: el papel de las Cortes de Cádiz

1. PLANTEAMIENTO

Es indudable que los parlamentos contemporáneos occidentales tienen unas características diferentes a los originarios parlamentos medievales. Entre otros factores, de una representación basada en criterios territoriales se pasa a otra acorde con criterios poblacionales; de una división por estamentos se pasa a una agrupación de los parlamentarios por afinidades ideológicas, y desaparece el mandato imperativo basado en criterios de representación de derecho privado para pasar a una relación “política” entre electores y elegidos. Es, en suma, una nueva forma de representación. Sin embargo, el tránsito de los parlamentos se produce mediante una evolución lenta y constante en Inglaterra, mientras que implica una clara discontinuidad en Francia, donde los Estados Generales medievales desaparecieron y el nuevo Parlamento surgido de la Revolución de 1789 era obviamente rupturista.

En el caso de España, parece claro que las Cortes de Cádiz de 1810 y las diseñadas por la Constitución aprobada el 19 de marzo de 1812 son en puridad nuestro primer Parlamento contemporáneo. Pero las dudas y discrepancias surgen a la hora de valorar el peso que en su fundamentación, legitimidad y configuración tuvieron nuestros precedentes históricos, y los más recientes y próximos de la Revolución francesa, sin descartar otros posibles elementos de influencia como los del constitucionalismo británico. Al respecto, existe un debate que parece ya permanente,

ya que comenzó en las mismas Cortes de Cádiz y se ha mantenido hasta la actualidad. La polémica tiene mucha enjundia, porque no se trata solo de valorar si las Cortes de Cádiz fueron más “españolas” o “francesas”, sino de ponderar en qué medida supusieron una reforma profunda de la secular institución parlamentaria, en la que empezaban a manifestarse los nuevos principios antes mencionados, y en qué parte se trataba de una institución radicalmente novedosa. Y de la respuesta que se dé a esa cuestión depende, en no poca medida, la consideración de si las Cortes actuales son fruto de una evolución —bien que con un notorio punto de inflexión que supuso un cambio profundo en sus principios y su sentido— tal y como sucedió en Inglaterra, o bien, son realmente un producto revolucionario y nítidamente contemporáneo, como sucedió en Francia. A este debate quiero realizar una modestísima contribución en las siguientes páginas.

Y es que, en efecto, es común entre los estudiosos de la historia de los parlamentos hacer una distinción entre el parlamentarismo inglés y el continental. De acuerdo con dicha división, aquel —que por lo demás suele señalarse como el primero en el tiempo— habría tenido una línea de continuidad ininterrumpida desde su origen en el siglo XIII, evolucionando muy lentamente pero sin grandes rupturas desde el diseño medieval, basado en la representación estamental y territorial, hasta el contemporáneo sustentado por los grupos o partidos políticos. En cambio, el parlamentarismo continental, si bien nacido también en la Edad Media, se habría debilitado con las monarquías absolutas de la Edad Moderna tanto como para llegar a desaparecer, de tal manera que el parlamentarismo contemporáneo, surgido a partir de la Revolución francesa, sería producto de una ruptura que habría dado lugar a un fenómeno radicalmente distinto al medieval, con el que prácticamente no existirían vínculos.

Desde luego, esta distinción entre dos grandes modelos no trata de marcar tan grandes diferencias entre los fundamentos y diseños actuales de las cámaras parlamentarias en el Reino Unido y en los países continentales. Es claro que hoy, en todo el mundo occidental, los parlamentos se basan en la idea de representación política, de tal manera que el pueblo soberano, como entidad política, encomienda su representación al Parlamento en su conjunto, del cual forman parte diversos grupos parlamenta-

rios que reúnen a los representantes en función de su afinidad política, sin que estén sometidos a mandato imperativo. Por supuesto, esta idea esencial es compatible con el hecho de que aun hoy la huella de las formas y de la representación medieval esté más presente en el Parlamento británico que en otros, en aspectos tales como el sistema electoral, la relación entre electores y elegidos o, desde luego, la misma existencia de la Cámara de los Lores. Pero lo que ahora quiero destacar es que cuando se habla de dos modelos, se trata más bien de poner de relieve diferencias históricas que actuales, pues ya sea a través de la lenta y constante evolución secular, ya sea mediante la ruptura y la instauración de una nueva forma de representación, los parlamentos contemporáneos tienen una serie de rasgos propios comunes que les hacen —sin negar remotos fundamentos, vínculos, relaciones o herencias medievales, más o menos intensos según los casos— notoriamente distintos a los medievales. Los parlamentos tienen, por tanto, un origen medieval, pero su configuración es netamente diferente en la Edad Contemporánea, pasándose de la representación estamental a una representación política global de la nación —a pesar de mantenerse las circunscripciones territoriales—, y sustituyéndose el mandato imperativo por el mandato representativo.¹ De tal manera que hoy, desde esta perspectiva, en cuestiones materiales y por poner un ejemplo, es probable que el Parlamento británico se parezca más a la Asamblea francesa que al propio Parlamento inglés medieval (desde luego, si comparamos la actual Asamblea francesa con sus precedentes medievales y con el Parlamento inglés, cualquier atisbo de duda desaparecería).

Probablemente en la división de estos dos modelos que con trazos gruesos acabo de apuntar hay algo de cierto y algo de tónico² o exagerado. En cualquier caso, y como ya se ha indicado,

¹ Véase Torres del Moral, Antonio, “Cádiz: recepción de los principios básicos del constitucionalismo”, en García Trobat, Pilar y Sánchez Ferriz, Remedio (coords.), *El legado de las Cortes de Cádiz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 60 y ss.

² Así, con referencia a Inglaterra, no hay que dejar de destacar que las diferencias entre el Parlamento contemporáneo y el medieval siguen siendo prácticamente tan notorias como en otros lugares, desde la perspectiva de la representación y de su poder político en la actual monarquía parlamen-

este trabajo no pretende centrarse en la historia del parlamentarismo europeo, sino más concretamente en el español, y en particular en la cuestión de si las Cortes de Cádiz, con las cuales se inicia nuestro parlamentarismo contemporáneo —creo que esta idea queda fuera de toda duda—, fueron más o menos tributarias de los precedentes históricos o del inmediato precedente revolucionario francés. O, para ser más exactos, cuál fue el peso de las distintas referencias o influencias que recibieron las Cortes constituyentes gaditanas. Porque para precisar y centrar el objeto de este trabajo, debo anticipar que creo que sin duda ambas corrientes del parlamentarismo estuvieron presentes en el diseño y la labor de las Cortes, así como finalmente en la Constitución de 1812 —sin dejar de lado otras posibles influencias como las derivadas del constitucionalismo británico—. Pero creo que, como se verá, hoy está muy extendida la visión según la cual los precedentes históricos jugaron en un sentido meramente formal

taria; y por lo demás, que existió también, aunque sin el mismo significado que la francesa, una “revolución gloriosa” en 1688 que supuso al menos un importante punto de inflexión en la descrita evolución. Para conocer el sistema inglés siguen siendo muy interesantes los trabajos clásicos de Lolme, Jean Louis de, *La Constitución inglesa comparada con los gobiernos republicanos y monárquicos de Europa*, Imprenta de Sánchiz, 1847, digitalizado por Google, consulta 15 nov 2012, disponible en http://books.google.es/books?id=JoPWC7Ss9MoC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false o Bagehot, Walter, *La Constitución de Inglaterra*, Madrid, CEPC, 2010. También tiene interés, para una visión del Parlamento británico en el siglo xx, Fraga Iribarne, Manuel, *El Parlamento británico desde la “Parliament Act” de 1911*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960.

En cuanto a Francia, si bien las características revolucionarias del proceso son incuestionables, tampoco cabe ignorar la circunstancia de que la revolución se inicia con la idea de recuperar instituciones de origen medieval que suponían una limitación del poder real, como son los Estados Generales, cuya convocatoria probablemente era a la vez una vuelta a las instituciones históricas y algo profundamente revolucionario. Aunque, como es sobradamente conocido, la institución parlamentaria tuvo pronto una configuración radicalmente diferente a la que había adoptado en tiempos históricos previos, convirtiéndose en Asamblea Nacional el 17 de junio de 1789. Más tarde se proclamaría la República y se guillotinaría al rey. Sobre este periodo, por ejemplo, véase el completo estudio de Vera Santos, José Manuel, *Las constituciones de Francia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 34 y ss., con muy amplia cita de bibliografía.

o superficial, de cara a justificar la labor de las Cortes gaditanas, pero en el fondo el único y verdadero precedente material —o al menos el absolutamente predominante— fue la experiencia revolucionaria francesa, y en cuanto al diseño constitucional, la Constitución de 1791, si bien ello trataba de ocultarse por las Cortes de Cádiz debido tanto a la guerra con Francia como a la necesidad de buscar una fuente que legitimase su existencia y su labor. De ahí —según esta línea de opinión— que el Constituyente gaditano no fuese “sincero” y tratase de mostrar unas referencias y ocultar otras.

Sin negar que algo pueda haber de cierto en esa visión, en mi modesta opinión, por un lado, la misma resulta bastante simplista y, por otro, suele venir acompañada de una cierta minusvaloración del parlamentarismo histórico. Y ello porque este enfoque supone o lleva implícita la idea de la práctica desaparición de la institución parlamentaria a partir de la Edad Moderna y, por tanto, de su inexistencia como referencia “actualizable” en 1810. Es decir, que según esta visión, la historia del parlamentarismo se inscribiría de lleno en el modelo “continental” y su evolución habría ido totalmente de la mano de la francesa.

En mi opinión, las Cortes de Cádiz, si bien inauguran nuestro parlamentarismo contemporáneo, actúan en cierto modo como “bisagra” entre este y nuestro parlamentarismo histórico; y la Constitución de 1812 es, en sentido propio, la primera de la historia —dejando de lado el cuestionable precedente del Estatuto de Bayona de 1808—, iniciando una regulación de las Cortes de acuerdo con los nuevos principios. Pero en la labor de estas Cortes —y en la profundísima huella posterior que la Constitución de 1812 dejó dentro y fuera de nuestras fronteras—, tradición y revolución se dan la mano haciendo del proceso español una experiencia original y diferente, ubicada quizás en un punto en el camino que va desde el parlamentarismo inglés al francés; y desde luego no cabe sin más considerar que la experiencia gaditana fuese una mera imitación de la revolucionaria francesa, ni la Constitución de 1812 una mera copia de la Constitución francesa de 1791. Podríamos decir que, por muy diversas razones, la “intensidad rupturista” del proceso revolucionario gaditano no puede equipararse con la que décadas antes se había manifestado en Francia.

Es importante destacar, por lo demás, que la cuestión no refleja un debate meramente histórico, sino que también tiene que ver con la cuestión de la legitimidad histórica de las Cortes de Cádiz, y más ampliamente con la de la originalidad y las características propias de nuestro constitucionalismo. Y teniendo en cuenta la importante huella e influencia que generó el proceso gaditano y la propia Constitución de 1812 en el parlamentarismo posterior, la determinación de la identidad propia de ese proceso tendrá consecuencias significativas posteriores, aunque el análisis de estas sí excede del propósito de este trabajo.

Pero creo que para fundamentar y contextualizar un poco más esta opinión, resulta necesario revisar algunas de las ideas más comúnmente admitidas sobre la historia del parlamentarismo. La primera de ellas sería la costumbre de ubicar el origen del parlamentarismo en Inglaterra, minimizando la importancia que las Cortes castellanas, leonesas y aragonesas como asambleas en las que se va materializando la idea de la necesaria limitación del poder real e incluso el reconocimiento de “derechos” de los individuos pertenecientes a determinados estamentos. La segunda, la afirmación según la cual, fuera del caso británico, en la Europa continental hubo en la Edad Moderna una ruptura con lo que podríamos denominar “constitucionalismo medieval” y con el parlamentarismo, obviando las peculiaridades del caso español. La tercera, la idea de que en la Ilustración española, debido al deseo de progreso y a la evidente influencia francesa, fueron ignoradas o muy poco consideradas las referencias e influencias medievales españolas. La cuarta, en fin, se referiría ya a las Cortes de Cádiz, y sería la ya apuntada idea según la cual estas implican una revolución que, siguiendo de cerca los parámetros de la que se había producido en Francia dos décadas antes, supone una ruptura o abandono total de las referencias españolas.

Todo ello contribuye a afirmar la originalidad del parlamentarismo español, así como del proceso constituyente gaditano, de la Constitución de 1812 y, en definitiva, de nuestro constitucionalismo contemporáneo. Todo ello sin negar la existencia de influencias más o menos acusadas en todos ellos.

2. TODO EMPEZÓ EN LEÓN

Es muy habitual considerar que el origen del parlamentarismo tuvo lugar en Inglaterra en el siglo XIII y que incluso allí se ubican los primeros antecedentes de las declaraciones de derechos, entre los que se suele mencionar la Carta Magna del rey Juan de 1215. Sin embargo, hoy es absolutamente seguro —aunque probablemente menos difundido— que en los reinos ibéricos están documentadas reuniones previas que pueden considerarse propiamente parlamentarias, en la medida en que se trata de reuniones de representantes de los tres estamentos con el rey para la adopción de determinadas decisiones políticas. Si bien siguiendo una evolución histórica en ocasiones podría resultar algo difícil precisar qué características debe tener una reunión de los estamentos con el rey para que pueda considerarse con propiedad “Parlamento”, parece asentada la idea de que debe tratarse de reuniones con presencia de los tres estamentos, fijas en las formas y estables en el tiempo, y con cierta capacidad codecisoria.³

De este modo, solo podrían considerarse como antecedentes remotos las reuniones asamblearias en el reino visigodo, que tuvieron un carácter más religioso que político —además de nobiliario y no representativo—,⁴ de manera que hay que ubicarse en

³ Sobre los requisitos para que una reunión de la *curia regis* pueda ser considerada Parlamento, véase Lord, Robert Howard, “The Parliaments of the Middle Ages and the Early Modern Period”, en *Catholic Historical Review*, vol. 16, núm. 1, abr, 1930, p. 128: “In order that these sessions of the enlarged *curia regis* should be turned into parliaments, three things were necessary: (1) that the consultation of all the leading social classes, especially of the townsmen, should become regular and not remain purely sporadic; (2) that their mode of representation should assume fixed forms, and (3) that these assemblies, instead of being called merely to acclaim decisions already reached by the prince, should be admitted to an effective collaboration with him and to a certain measure of power and responsibility” (p. 128).

⁴ Hay una amplia bibliografía que no es necesario citar aquí. Véase, por ejemplo, Escudero, José Antonio, *Curso de historia del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 3ª ed., 2003, pp. 231 y ss., quien analiza brevemente el Senado visigodo y los Concilios de Toledo, planteándose la cuestión de su naturaleza para afirmar que la misma era predominantemente religiosa, a pesar de lo llamativo de algunas de sus funciones políticas, algunas de tanta importancia como las condiciones y forma para la elección del monarca. En pp. 239

los reinos de León y Castilla, en el momento en que se produce en la Edad Media el tránsito de la curia a las Cortes. Ello implica que una Asamblea originariamente palatina se amplía para dar cabida a los representantes de las ciudades y se convierte en representativa.⁵ En esta línea, y con algunos precedentes dudosos en Aragón, consta con certeza una curia celebrada por Fernando II en 1170 en León, a la que acudieron ciudadanos; así como la presencia de ciudadanos electos por distintas villas en la asamblea convocada en 1188 en la misma ciudad de León por Alfonso IX. De este modo, y como ha señalado acertadamente Escudero, “las Cortes leonesas constituyen las primeras asambleas de la Europa medieval a las que asisten ciudadanos —en 1170—, e incluso ciudadanos *elegidos*, en 1188” (cursivas del autor).⁶ Por tanto, la reunión de 1188 puede probablemente considerarse como el primer Parlamento en sentido propio del mundo,⁷ y fue seguida por otras con características similares.⁸

y ss. se refiere también al Aula regia, asamblea nobiliaria que desplazaría al antiguo *Senatus*. Puede verse también la bibliografía citada por este autor.

⁵ Véase al respecto, Escudero, José Antonio, *Curso de historia...*, cit., pp. 527 y ss.

⁶ *Ibidem*, p. 530.

⁷ Véase Lord, Robert Howard, “The Parliaments of the Middle Ages and the Early Modern Period...”, cit., pp. 125 y ss. En p. 130 señala expresamente: “Leaving out of account such uncertain beginnings, we may, using the criterion defined above, arrange the order in which something that may be called a parliament appears in the several more important European countries as follows : 1188 Leon, 1218 Catalonia, 1232 Sicily and Naples, 1233 Languedoc, 1200 Castile, 1254 Portugal, 1255 Germany (the Diet of the Empire), 1274 Aragon, Navarre, 1280 Bohemia, Brandenburg, 1281 Austria, 1283 Valencia, 1286 Piedmont, 1295 England, 1300 Ireland, 1302 France (the States-General), 1307 Bavaria, 1309 Brittany, 1326 Scotland, 1337 Normandy, 1350 Saxony, 1397-8 Hungary, 1435 Sweden, 1468 Denmark, 1493 Poland, 1498 Norway, 1613 Russia”. Obsérvese que Inglaterra solo aparece en esta lista en 1295.

⁸ Véase el completo trabajo de Procter, Evelyn S., *Curia y Cortes en Castilla y León 1072-1295*, trad. de Antonio S. Durán y Salustiano Moreta, Madrid, Cátedra, 1988. En pp. 120 y ss. se justifica la participación ciudadana en las curias leonesas de 1188, 1202 y 1208.

Sobre los orígenes del Parlamento en León se recomienda también el muy interesante documental de televisión española titulado “La cuna del parlamentarismo”, consulta 22 nov 2013, disponible en <http://www.rtve.es/alacarta/videos/otros-documentales/cuna-del-parlamentarismo/954048/>

No es fácil entender las razones por las que lo que fue una gran aportación leonesa a la historia de las instituciones, y en definitiva a la historia política mundial, ha pasado habitualmente desapercibida quedando oculta bajo la idea, mucho más generalizada, de que el parlamentarismo es una creación inglesa. Acaso, y visto todo el proceso desde hoy, la evolución más o menos continua del Parlamento británico y la pujanza casi ininterrumpida del mismo justifique esta idea. Pero también puede ser que los españoles tengamos definitivamente peores cualidades para el “marketing histórico”, si se me permite utilizar esta expresión y especular con esa idea. No deja de ser muy significativo que incluso en tiempos recientes, buena parte de los autores que han puesto de relieve el origen leonés del parlamento sean anglosajones.⁹

⁹ Como se aprecia en el trabajo citado en nota anterior esta circunstancia había sido estudiada desde hace décadas en la doctrina británica. Un trabajo más reciente, de alcance más general, y probablemente de mayor difusión, ha vuelto a destacar en el Reino Unido la importancia de esas Cortes, y la mayor antigüedad de las mismas respecto a los primeros parlamentos ingleses. Se trata de la obra de Keane, John, *The life and death of democracy*, Londres, Simon & Shuster, 2009. En pp. 169 y ss., este autor realiza un sagaz análisis del contexto histórico que provocó esa convocatoria de Cortes, señalando cómo las guerras con los musulmanes y la debilidad de las ciudades leonesas estuvieron en la base de la misma, que considera como el origen de la democracia representativa. Algunas citas de este pasaje de la obra resultan realmente sugerentes: “... let’s go back in time, to the years of the twelfth century, to the extraordinary moment of birth of one of the core components of what would later be called representative democracy, The institution had no precedent. It was a new type of governing body [...] Where was it born? Contrary to some old-fashioned, devoutly British accounts, which think of Big Ben as timeless, and suppose, arrogantly, that parliamentary institutions were «incomparably the greatest gift of the English people to the civilization of the world» [este inciso es una cita de A. F. Pollard, *The evolution of Parliament*, Londres, 1920], parliaments were in fact an invention of what is today northern Spain, in Europe, that little patch of earth that stretches from the Mediterranean basin to the Arctic Circle”[...].

En p. 173 añade: “So from within this princely triangle formed by the nobles, bishops and urban citizens, the modern practice of parliamentary representation was born. It was in the walled, former Roman town of Leon, in March 1188 –a full generation before King John’s Magna Carta of 1215- that Alfonso IX convened the first ever *cortes* [...]. Y en fin, en p. 176 añade que las nuevas Cortes fueron “...the creation of a political animal who saw that effective government required the creation of a new

Y por cierto, es también significativo que a pesar del incuestionable origen español de la institución, la denominación genérica de la misma —parlamento— derive de la terminología inglesa, e incluso a veces de la francesa —asamblea—, pero no de la española, cuya terminología tradicional ha quedado reducida al nombre propio de las instituciones específicas históricas o actuales en España —Cortes—. ¹⁰

En cualquier caso, más allá de la cuestión de cuál haya sido la primera reunión parlamentaria, interesa destacar la importancia y la pujanza de la institución en los reinos ibéricos en la Edad Media, y cómo la misma supone en alguna medida una limitación al poder del rey, así como una participación de los representantes de las ciudades en la toma de las decisiones políticas. ¹¹ En buena

mechanism for resolving disputes and striking bargains among interested parties who felt they had a common interest in reaching compromise, so avoiding internecine violence [...] in retrospect it is hard to overstate the originality of the *cortes* first convened in 1188". Y finalmente explica las diferencias que justifican hablar de que esta asamblea supuso una ruptura con otras formas históricas de participación ciudadana conocidas con anterioridad.

¹⁰ Incluso resulta llamativo que en algunos casos, como los de Navarra o Cataluña, esa denominación tradicional se haya sustituido tras la aprobación de los Estatutos por una ajena como la de Parlamento. Pero no puedo profundizar en las causas de este abandono de la terminología histórica.

¹¹ A título de muestra, puede verse AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, Cortes de Castilla y León, 2 vols., Valladolid, 1988. El volumen II incluye trabajos sobre las Cortes valencianas, aragonesas, catalanas y navarras. Sobre Cortes de Castilla en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna, Olivera Santos, César, *Las Cortes de Castilla y León y la crisis del reino (1445-1474)*. *El registro de Cortes*, Congreso Internacional sobre la "Historia de las Cortes de Castilla y León", Burgos, 1986; y Carretero Zamora, Juan Manuel, *Corpus documental de las Cortes de Castilla (1475-1517)*, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 1993, que incluye, además de los documentos, un estudio previo de las mismas. A pesar de que su orientación iba claramente dirigida a entroncar las Cortes de Cádiz con los antecedentes históricos, sigue siendo probablemente uno de los más completos estudios el de Martínez Marina, Francisco, *Teoría de las Cortes o Grandes Justas Nacionales de los Reinos de León y Castilla*, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 3 vols., 1813, hoy accesible en http://books.google.es/books/about/Teor%C3%ADa_de_las_Cortes.html?hl=es&id=O3ADAAAQAAJ (también incluido en *Obras escogidas de don Francisco Martínez Marina*, 3 vols., en *Biblioteca de Autores Españoles*, t. CXCIV, Madrid, Atlas, 1966). De

medida, la Baja Edad Media se caracterizó en los reinos hispanos por las alianzas y luchas entre el rey y los estamentos representados en las Cortes y, aunque con ciertas diferencias y mayor o mejor pujanza según épocas y reinos, en este periodo se generalizó la idea de la necesidad de que estas intervengan con carácter codecisorio en ciertas cuestiones de especial trascendencia, gestándose así —aunque todavía de forma embrionaria— las que todavía hoy son funciones esenciales de la institución parlamentaria, como son:

- a) la función tributaria y presupuestaria, según la cual era necesaria la intervención parlamentaria para aprobar los tributos y los presupuestos. Originariamente, los estamentos aprobaban dichas exacciones en cierto modo como contraprestación por el hecho de que el rey atendiera las demandas formuladas por sus representados, que le eran formuladas al rey a través de los “cuadernos de peticiones”. Aparece, por tanto, en la Edad Media la idea presente en el origen del principio “no hay impuestos sin representación”, que sería formulado de ese modo más tarde, en los años previos a la independencia de las trece colonias;
- b) la función legislativa, que conllevaba inicialmente la exigencia de intervención parlamentaria para la aprobación de las sanciones penales, origen del actual principio de legalidad;
- c) la función de control al monarca, presente de algún modo en toda la actividad parlamentaria y que permitía a los representantes de los estamentos recibir información y explicaciones de ciertas actuaciones del monarca, y
- d) relacionada con la anterior, aparece una importante función dinástica consistente en la necesidad de que el here-

esta obra se ha dicho que “constituye probablemente el más ambicioso e importante estudio que jamás se haya escrito sobre las asambleas políticas representativas —Cortes, Dietas, Parlamentos, etcétera— en el ámbito del mundo occidental, y que en el fondo no es otra cosa que una defensa de la Constitución y de las Cortes de Cádiz”, Escudero, José Antonio, “Martínez Marina y la Teoría de las Cortes”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, consulta 22 nov 2013, disponible en www.juridicas.unam.mx

dero a la Corona jurase ante las Cortes para ser considerado tal, así como en la posible intervención de estas en ciertas cuestiones vinculadas a los miembros de la Corona, como por ejemplo, los matrimonios.

Y aunque en líneas generales estas características pueden predicarse de todos los parlamentos medievales, hay que recalcar la pujanza que la institución tuvo durante toda esta época en los reinos españoles.

3. LAS CORTES DE LA EDAD MODERNA EN ESPAÑA

Desde luego, los reyes lucharon contra el poder de los estamentos presentes en el Parlamento, a veces aliándose con alguno de ellos en contra de otros, y casi siempre buscando por diversos medios alcanzar la mayor cuota de poder. En líneas generales, durante la Edad Media, un cierto equilibrio entre Parlamento y Corona se mantenía debido a la necesidad de esta de financiarse, lo que requería las exacciones fiscales que el Parlamento debía aprobar. En la Edad Moderna, en cambio, muy diversos factores provocaron en toda Europa un cierto desequilibrio de la relación a favor de los monarcas. Cabe aquí apuntar la existencia de otras fuentes de financiación, como el oro traído de América o los primeros prestamistas y banqueros, así como el inicio del declive de la nobleza como clase social pujante y con capacidad de financiación, pero también la formación de una teoría justificativa del poder absoluto del monarca.

Lo anterior es un fenómeno que, con variantes y matices, afectó a toda Europa, pero es habitual señalar que la institución parlamentaria se mantuvo siempre en Inglaterra y, sobre todo a partir de la Revolución Gloriosa de 1688, fortaleció su posición como auténtico contrapoder, instaurándose una monarquía limitada; mientras que “en el continente”, la Edad Moderna supuso el declive del Parlamento hasta su práctica desaparición, de tal manera que aunque no llegase a ser abolido, la ausencia total de convocatoria hizo caer en el completo olvido a la institución.

Creo que aunque la idea anterior describa en trazos gruesos lo sucedido, conviene establecer algunos matices. Ni en Inglaterra el Parlamento tuvo siempre la misma presencia y capacidad de decisión política (como ponen de relieve precisamente las luchas del siglo xvii), ni en toda la Europa continental desapareció materialmente. En particular, esta idea no puede afirmarse sin más en España, donde las distintas asambleas siguieron reuniéndose tras la unificación de los reinos medievales, si bien probablemente con menos poder y menor temporalidad, sobre todo tras el aplastamiento del movimiento comunero. Como ha destacado Feliciano Barrios, “la Monarquía de España de los siglos xvi y xvii, en cuanto que formación política compleja, tiene en la conservación del derecho e instituciones privativos de las partes que la conforman una de sus características esenciales”,¹² de manera que “las Cortes entran en la modernidad con el bagaje de un rico pasado y con las perspectivas de ocupar un lugar de privilegio en la estructura jurídico-institucional que en el último tercio del siglo xv se estaban conformando”.¹³ Y si bien es obvio que los siglos xvi y xvii supusieron una cierta decadencia de las Cortes, las mismas no solo mantuvieron su existencia sino cierta virtualidad.¹⁴ Por lo demás, conviene destacar que las Cortes de Castilla no contaron con la asistencia de nobles y eclesiásticos —y por tanto, dejaron de tener “tres brazos”— desde las convocadas por el emperador en Toledo en 1538,¹⁵ dato que desmiente en parte la afirmación de que el carácter unicameral de las Cortes de Cádiz supuso una ruptura total con los antecedentes históricos.

Entrando ya en el siglo xviii, se puede decir que con carácter general es la época del absolutismo por antonomasia y, desde luego, en Francia los Estados Generales pueden considerarse una institución desaparecida en esa época. Sin embargo, en España

¹² Barrios, Feliciano, “Las Cortes de los reinos españoles en los siglos xvi y xvii”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa, 2011, vol. I, p. 138.

¹³ Barrios, Feliciano, “Las Cortes de los reinos españoles en los siglos xvi y xvii”, *cit.*, p. 139.

¹⁴ *Ibidem*, p. 148.

¹⁵ Como destaca por ejemplo *Ibidem*, p. 140.

de nuevo es preciso hacer más de una matización a esta idea. Para empezar, se mantuvieron las Cortes de Navarra y las Juntas de los Territorios Históricos Vascos.¹⁶ Por otro lado, y aunque las Cortes de la Corona de Aragón desaparecieron con el régimen derivado de la Nueva Planta, se mantuvieron reuniones de las Cortes de Castilla, convertidas en Cortes Generales al conceder voto en las mismas a las ciudades de la Corona de Aragón. Hubo, por tanto, una convocatoria inicial de 1701-1702 en Castilla, Aragón y Cataluña (las dos últimas aún no habían desaparecido y prestaron juramento de fidelidad al rey Felipe V, quien a su vez juró respetar sus fueros y leyes); y más tarde fueron convocadas Cortes Generales en 1709, 1712, 1724, 1760 o 1789.¹⁷ Ciertamente, su función se fue limitando la mayor parte de las veces a aspectos dinásticos, pero aun así la institución perviviría durante todo el siglo, manteniendo abierta una posibilidad de expresión de quejas y reivindicaciones territoriales;¹⁸ e igualmente permanecería la idea de su trascendencia política en el diseño constitucional del Estado.

En realidad, el mero hecho de la subsistencia de las reuniones parlamentarias en España en los siglos XVII y XVIII, a pesar de

¹⁶ Véase, por ejemplo, Muñoz Machado, Santiago, *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al XXI)*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 80 y ss., quien destaca el dato de que en Navarra siguieron existiendo los virreyes y las Cortes celebraron reuniones aunque cada vez más espaciadas —siete veces después de la guerra, con intervalos de entre siete y diecisiete años—, manteniéndose también las instituciones del Señorío de Vizcaya, la provincia de Guipúzcoa y la Hermandad de Álava, aunque respecto al contenido concreto de los derechos y privilegios en el siglo XVIII, destaca las dificultades existentes para su constatación (p. 83).

¹⁷ Véase Molas, Pere, “Las Cortes nacionales en el siglo XVIII”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Espasa, Madrid, 2011, vol. I, pp. 156 y ss.

¹⁸ A título de muestra, y como destaca Muñoz Machado, Santiago, *El problema de la vertebración...*, cit., p. 54, en la convocatoria de Cortes de Carlos III en 1760 “[l]os Procuradores de las cuatro capitales de los Reinos de la Corona de Aragón formularon en un memorial sus quejas por «las desigualdades o agravio que han sufrido los naturales de aquella Corona» considerando los pocos «nacionales» que ocupaban plaza en los Consejos centrales de la Monarquía. [...] En ello mismo se insistirá treinta años después en las Cortes que convoca Carlos IV”.

su mayor debilidad y menor frecuencia, es una notoria diferencia con lo ocurrido en Francia, donde los Estados Generales se convocaron por última vez en 1614, antes de la convocatoria que abrió la Revolución en 1789. Y no deja de ser significativo que en el mismo año en el que Francia daba origen a su Asamblea Nacional iniciando el parlamentarismo contemporáneo, en España se reunían aún las Cortes de origen medieval, si bien muy transformadas y debilitadas.

4. LAS REFERENCIAS AL “MEDIEVO CONSTITUCIONAL” EN LA ILUSTRACIÓN

Por tanto, aunque desaparecieron las Cortes de la Corona de Aragón, la institución parlamentaria siguió existiendo y funcionando en el siglo XVIII en España, y aunque sus funciones se vieron debilitadas, su importancia constitucional se mantuvo en el pensamiento político.¹⁹ Por lo demás, y tal y como pone de relieve el certero análisis de Muñoz Machado, también la nueva Administración territorial que intentó implantar Felipe V tropezó con obstáculos que provocaron que su penetración e integración resultasen insuficientes.²⁰ En suma, aunque es indiscutible que la llegada de los Borbones al trono español supuso un claro intento de superación de las instituciones locales propias y la dispersión jurídica a favor de un proceso de centralización, claramente influido por el modelo francés, parece que el mismo no alcanzó finalmente la profundidad suficiente, de manera que el “afrancesamiento” nunca fue tan intenso en el siglo XVIII español, ni en los aspectos institucionales y políticos ni en el terreno propiamente intelectual.

¹⁹ Véase Molas, Pere, “Las Cortes nacionales en el siglo XVIII...”, *cit.*, p. 156.

²⁰ Muñoz Machado, Santiago, *El problema de la vertebración...*, *cit.*, pp. 47 y ss. En p. 51 afirma que “una Administración centralizada, cuya organización territorial presenta deficiencias tan serias como las que he remarcado, difícilmente puede cumplir [...] la misión de consolidar las nuevas estructuras, de hacer efectiva la aplicación correcta que las decisiones del poder central y de facilitar la cohesión territorial e individual de la nueva nación”.

En efecto, y más allá de la cuestión del papel de las Cortes en esta época —a la que ya me he referido—, es importante destacar que, en contra de lo que pudiera pensarse en una primera impresión, durante la Ilustración española no desaparece la referencia medieval del pensamiento político y, en particular, permanece la impronta de las Cortes medievales, si bien probablemente se mitifica su significado como origen de la limitación del poder real y de la democracia. Como ha destacado Nieto Soria,²¹ esta es también una característica diferenciadora con los ilustrados franceses: “es un hecho bien conocido el característico desprecio de los más destacados ilustrados franceses hacia el Medioevo como época antitética respecto de sus ideales sociales, políticos y culturales, planteándose estos frecuentemente desde una perspectiva de completa liquidación de cualquier atisbo de supervivencia medievalizante”. Y más adelante, tras señalar que esa tendencia no está ausente en algunos ilustrados españoles, añade que “sin embargo, incluso entre los que se muestran afines a un criticismo antimedieval será constatable el reconocimiento de la conveniencia intelectual, cuando no política, social o jurídica, de tomar en una consideración especialmente relevante lo acaecido en aquellos siglos. [...] En efecto, según van tomando fuerza los sentimientos de reivindicación de identidad nacional, la Edad Media irá experimentando una progresiva apreciación...”

Esta influencia creciente de las instituciones políticas medievales estará sin duda presente en las ideas de los políticos y pensadores más influyentes en las Cortes de Cádiz, como Jovellanos, Capmany o Martínez Marina²² y llegará, como vamos a

²¹ Nieto Soria, José Manuel, *Medievo constitucional. Historia y mito político en los orígenes de la España contemporánea (ca. 1750-1814)*, Madrid, Akal, 2007, p. 29. Buena parte de esta interesante obra se centra en la idea de la presencia de la referencia medieval en los ilustrados españoles.

²² Las obras de estos y otros pensadores de la época son hoy fácilmente accesibles, no solo por la reedición de algunas de ellas, sino por la accesibilidad de ediciones clásicas o antiguas a través de la web. A título de muestra, puede consultarse Capmany, Antonio de, *Centinela contra franceses*, Manresa, Martín Trullás Impresor, 1808, disponible en <http://books.google.es/ebooks/reader?id=WQZyJClfv0gC&hl=es&printsec=frontcover&output=reader> o Jovellanos, Gaspar Melchor de, *Obras publica-*

ver enseguida, al constituyente gaditano. Como ha destacado Fernández Sarasola, “este historicismo característico del constitucionalismo gaditano se conecta directamente con el renovado interés dieciochesco por la historia política y de las instituciones españolas [...]; a través del historicismo, la Ilustración trataba de demostrar la existencia pasada de una monarquía mixta, en la que el rey compartía su poder con una asamblea representativa estamental”.²³

5. LAS CORTES DE CÁDIZ, ENTRE EL PARLAMENTARISMO HISTÓRICO ESPAÑOL Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Con los antecedentes anteriores, es posible abordar ya la cuestión de la posición de las Cortes de Cádiz y, en particular, de su mayor o menor vinculación con el parlamentarismo histórico español, por un lado, y con el reciente constitucionalismo revolucionario francés, por otro. Desde luego, y como se ha dicho, ambas influencias estuvieron presentes en la configuración de nuestro primer parlamento contemporáneo, así como en su obra más importante, que fue la Constitución de 1812, y en particular en las Cortes diseñadas por el propio texto constitucional. Conviene analizar con algún detalle el peso específico de cada una de ellas —así como de otras que pudieran tener alguna presencia—, aunque antes parece necesario hacer alguna reflexión sobre el sentido legitimador de unos y otros antecedentes.

das e inéditas, colección hecha e ilustrada por don Cándido Nocedal, M. Rivadeneyra, Madrid, vol. I, 1858, consulta 20 ene 2012, disponible en <http://books.google.es/books?id=9D0OAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=jovellanos&hl=es&sa=X&ei=gockT6mUMIO6hAe-rKCTBA&ved=0CGkQ6AEwCQ#v=onepage&q=jovellanos&f=false> (por la misma vía pueden consultarse otros volúmenes de la misma obra). Respecto a Francisco Martínez Marina, puede verse *Obras escogidas de don Francisco Martínez Marina*, en *Biblioteca de Autores Españoles*, t. CXCIV, Madrid, Atlas, 1966, 3 vols., así como las referencias ofrecidas en otros lugares de este mismo artículo.

²³ Fernández Sarasola, Ignacio, “La Constitución española de 1812. Su proyección europea e iberoamericana”, en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 2, 2000, p. 374.

5.1. Las “referencias constitucionales” en Cádiz y la cuestión de la legitimidad de las Cortes

Dadas las características de este trabajo, no es posible profundizar en la descripción y análisis del proceso constituyente gaditano, desde la convocatoria de la Junta Central y la Junta de Legislación —lo que podríamos denominar proceso preconstituyente—, hasta la convocatoria de las Cortes y la labor de las mismas. Lo que interesa destacar es que son varias las referencias políticas presentes en el momento de la elaboración de la Constitución de Cádiz,²⁴ y a este respecto, si bien en cuanto a los contenidos del texto final de esta puede predominar la influencia francesa, no cabe desconocer las otras, y en particular el peso de la influencia histórica española en la configuración de las Cortes —tanto en las que elaboraron la Constitución como en el diseño que esta hizo de la institución parlamentaria—.

En la comparación entre el peso del proceso revolucionario francés y el de las Cortes históricas españolas en Cádiz hay que considerar un factor que desde mi punto de vista tiene gran importancia, como es el hecho de que, en el concreto contexto histórico gaditano, el entronque con las Cortes españolas y con la legislación histórica era la fuente de legitimidad de la labor realizada en Cádiz. Con el rey ausente y en medio de la guerra contra Francia, solo si las Cortes reunidas en Cádiz eran herederas de la institución existente en la “Constitución histórica” española, podrían actuar en nombre de la nación y su labor estaría legitimada. En cambio, toda similitud con el proceso revolucionario francés era un riesgo, no solo porque las Cortes representaban a una nación en guerra contra Francia, sino porque aquel proceso resultaba abiertamente rupturista y no era este el deseo de los integrantes de las Cortes gaditanas.

Como vamos a ver, algunos autores han deducido de esta circunstancia, que me parece incuestionable, la idea de la total “falta de sinceridad” del constituyente gaditano, de tal manera

²⁴ Recomendamos, entre otros trabajos, Artola, Miguel y Flaquer Montequi, Rafael, *La Constitución de 1812*, vol. II de la obra dirigida por Artola, Miguel, *Las Constituciones españolas*, Madrid, Iustel, 2008; de gran interés es el trabajo de Suárez, Federico, *Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Rialp, 2002.

que el mismo habría sido plenamente consciente del carácter plenamente revolucionario y rupturista —y por tanto similar al francés— tanto del propio proceso como del texto que del mismo resultaría, pero para que su obra resultase aceptable, trataron por todos los medios de enmascarar ese carácter, acentuando la vinculación de su labor con la de las Cortes históricas españolas, y la del texto de 1812 con las leyes históricas. Pero esa vinculación sería meramente superficial, ya que en el fondo, tanto las Cortes como la Constitución serían realmente tributarias de forma abrumadora del proceso francés.

Desde mi punto de vista, esta es la conclusión que no es posible admitir, al menos con carácter y alcance general. Las peculiaridades del proceso español son demasiado notorias como para no considerar que este proceso es original, y la vinculación con las Cortes históricas es —sin negar también la vinculación con Francia— lo suficientemente significativa como para no considerarla meramente formal o superficial. Si bien es cierto que todo el proceso comienza con una labor encomendada a la Junta de recopilación de las leyes históricas vigentes, y es obvio que el proceso finalmente va más allá y culmina con la aprobación de una Constitución básicamente contemporánea, ello solo significa que se llevó a cabo una reforma profunda, pero no que la institución que emprendió el proceso fuese importada del extranjero o careciese de legitimidad para hacerlo. Por lo demás, la idea de que el entronque con las Cortes históricas era la fuente de legitimidad de la labor llevada a cabo en Cádiz no tiene por qué venir aparejada a la de la falta de sinceridad de las mismas. Con toda la dificultad de hablar en términos generales, podría admitirse que los integrantes de las Cortes eran, en general, plenamente conscientes de que su legitimidad dependía de que realmente *fuesen* y *actuasen* como las Cortes históricas españolas, pero ello no implica que realmente pensaran que esa fuente de legitimidad era realmente inexistente, de tal manera que ellos mismos creyeran que el proceso hubiera sido una especie de farsa en la que se usaran las fuentes tradicionales solamente para convencer al rey ausente o a ciertos sectores de la población de esa legitimidad que ellos mismos creyeran inexistente o fundada en parámetros diferentes al de la vinculación con la legislación y las instituciones históricas.

Por lo demás, fueran cuales fuesen las causas, lo cierto es que las diferencias entre el proceso gaditano y el francés son demasiado significativas: en Cádiz, las Cortes no cambiaron su nombre ni su significado en ningún momento del proceso, ni tampoco se proclamó en años posteriores la República ni se quiso actuar en contra del rey (a pesar de que los acontecimientos posteriores tal vez lo hubieran justificado), y en suma, la presencia de ciertos elementos propios y singulares dejó una impronta bastante notoria en todo el proceso. En cualquier caso, para fundamentar esta idea conviene analizar con mayor detenimiento el peso específico de las grandes referencias con las que contaron las Cortes de Cádiz.

5.2. Influencias históricas, influencia francesa, otras influencias: el verdadero peso de cada una

La tarea de presentar cada una de las citadas influencias en su justa intensidad es difícil, pues no es posible cuantificar o “pesar” cada una de esas corrientes ni delimitar con absoluta precisión lo que obedece a cada una de esas influencias políticas; pero en las siguientes páginas intentaré al menos apuntar las líneas generales de cada una de esas grandes influencias, ponderando la importancia de las mismas tanto en el proceso constituyente como en la configuración de las nuevas Cortes.

5.2.1. Cortes de Cádiz y proceso revolucionario francés

Como se ha indicado, hoy suele admitirse de forma mayoritaria que la referencia y modelo principal del proceso gaditano fue la Constitución francesa de 1791, si bien dada nuestra situación de conflicto bélico con Francia, y que ante la conveniencia de no enfatizar los tintes revolucionarios de la convocatoria a Cortes en Cádiz, se trató conscientemente de enmascarar la misma con continuas referencias explícitas a los antecedentes históricos españoles, de tal manera que el proceso tuviera la apariencia de una recuperación o mera reforma de las instituciones y el ordenamiento jurídico medieval —las llamadas “Leyes Fundamentales

del reino”—, cuando en realidad era un proceso revolucionario²⁵ similar al francés, que daría origen a una Constitución muy parecida —algunos incluso hablan de copia—²⁶ a la francesa de 1791. Desde luego, el peso de esta influencia es notorio e incuestionable, pero desde mi punto de vista, no es tan abrumadoramente dominante como algunos quieren señalar.

En cualquier caso, creo que es necesario realizar un análisis ponderado de la influencia francesa, lo que exige distinguir entre el peso que la misma tuvo entre liberales y realistas, por un lado,

²⁵ Como pone de manifiesto García Cárcel, Ricardo, “El concepto de revolución para el pensamiento conservador y el pensamiento liberal”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa, 2011, vol. I, pp. 20 y ss., el uso del término “revolución” no tiene un sentido coincidente en el lenguaje político español en distintas épocas o en diferentes corrientes ideológicas. Pero es claro que el mismo se ha utilizado para referirse al proceso vivido en España a partir de 1808, sin ir más lejos en el clásico trabajo del Conde de Toreno, *Historia del levantamiento, guerra y revolución en España*, presentación de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, CEPC, 2008. Por su parte, Peña González, José, “Cádiz: apertura de España a la modernidad”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 82, 2011, p. 35, habla de “una revolución silente que se elabora entre el fragor de una guerra y los debates de los constituyentes gaditanos”, y en p. 38 se refiere a la “revolución” gaditana, entrecorriendo el término en el título del epígrafe, y señalando similitudes y diferencias con el proceso francés. En realidad, y como ha destacado Torres del Moral, Antonio, “Cádiz: recepción de los principios básicos del constitucionalismo...”, *cit.*, pp. 35 y ss., frente al concepto de Constitución como mera organización política del Estado, propio de la Edad Moderna, cabe hablar de un concepto revolucionario de Constitución, que se inicia en la Revolución francesa, parte de la comunidad política como fundamento de la misma, y posee un contenido material, basándose en la separación de poderes y la garantía de la libertad.

En todo caso, son notorias las peculiaridades del proceso vivido en Cádiz respecto al francés de 1789, entre las cuales conviene destacar que en el constituyente gaditano, aun asumiendo los principios contemporáneos, nunca se quiso explicitar la idea de ruptura respecto a las instituciones y el derecho histórico español.

²⁶ Por ejemplo, Esteban, Jorge de, “Ante el bicentenario...”, *cit.*, p. 24, afirma que “la Constitución fue aprobada como consecuencia de un grupo minoritario de hombres que supieron introducir, con la Constitución gaditana, una copia de la Constitución francesa de 1791, disfrazada, eso sí, con elementos religiosos y reaccionarios de la Constitución tradicional de España”.

y su presencia en el proceso constituyente y en el texto constitucional finalmente aprobado, por otro. Comenzando por lo primero, parece claro que mientras los realistas ilustrados tuvieron una mayor influencia británica, los liberales fueron más proclives a la influencia francesa,²⁷ ubicándose los diputados americanos en una posición simbiótica entre lo tradicional y revolucionario.²⁸ Quizá eso se explique porque la Constitución inglesa aparece más ligada a la tradición histórica, mientras que la francesa era más revolucionaria.

Respecto a lo segundo, la influencia francesa es probablemente más acusada en el texto de la Constitución de 1812 que en todo el proceso previo y en la configuración de las propias Cortes, aspecto en el que la singularidad española y el peso de elementos históricos es quizá más palpable. Podría decirse que el proceso preconstituyente y la misma convocatoria de Cortes quisieron seguir el modelo del derecho histórico, pero en algún momento se produjo el “giro” hacia la influencia francesa, con tintes más revolucionarios y alejados de las “Leyes Fundamentales” históricas.²⁹

²⁷ En este sentido, por ejemplo, Fernández Sarasola, Ignacio, “La Constitución española...”, *cit.*, p. 371, quien especifica que también existieron realistas absolutistas, pero quienes se adscribieron al modelo británico fueron los realistas ilustrados; y, por otro lado, que los liberales, además del modelo francés, también estuvieron inspirados, aunque de forma indirecta y en menor medida, por el modelo estadounidense.

²⁸ En este sentido, por ejemplo, Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2011, p. 22. Esta obra es probablemente uno de los trabajos que analiza con mayor rigor y extensión las diferentes posiciones e influencias de los diputados realistas, liberales y americanos en cuestiones fundamentales como los conceptos de soberanía y nación.

²⁹ Si bien esta idea ha sido reiterada por muchos autores, probablemente uno de los más completos análisis de ese proceso y de las influencias presentes en el mismo sea el realizado en el magnífico trabajo de Tomás y Valiente, Francisco, “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas Leyes Fundamentales a una sola Constitución”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 65, 1995, pp. 13 y ss. Este trabajo describe en detalle cómo la misión inicial de la Junta de Legislación era una especie de recopilación de las Leyes Fundamentales del Reino o “Constitución histórica”, pero pronto las dificultades para llevar a cabo esa misión y la conveniencia de establecer una Constitución nueva provocaron el abandono del objetivo inicial. Inclu-

Por otro lado, hay que reconocer, como ha hecho la mayoría de la doctrina, que la influencia francesa, aun siendo notoria, se trató de ocultar o “disfrazar” por algunos, ocultándola bajo la apariencia de escrupuloso respeto de nuestro derecho histórico, para evitar cualquier acusación de mera copia o influencia del país con el que en ese momento estaba en guerra España, o para tapar el carácter revolucionario del proceso. Algunos datos parecen apuntar en esa línea, como la supresión de la declaración de derechos con la que se iniciaba el proyecto, o el cambio en la nomenclatura de los poderes del Estado por la más tradicional en España referente a los órganos —cortes, rey, tribunales—, alegándose en ambos casos razones de originalidad y aceptabilidad.³⁰

Por tanto, siendo cierto el “giro” al que antes aludía, el mismo afectó, sobre todo, a los contenidos de la futura Constitución, pero ello no supone que la influencia histórica española no estuviera presente, sino que la misma tuvo más peso a la hora de legitimar y configurar las Cortes constituyentes (y en cierto modo también las que diseñó la Constitución), que en los contenidos de la norma fundamental aprobada, obviamente bastante alejados de remotos precedentes históricos. Materialmente, y más allá de las condiciones de la encomienda inicialmente asignada a la Junta de Legislación y de la posterior profusión de referencias a la legislación histórica en la labor de las Cortes —y en especial en el discurso preliminar de la Constitución, como se verá—, es seguro que la labor de las Cortes gaditanas fue de creación de un nuevo orden jurídico-constitucional y no de recopilación de la

so tras la convocatoria de Cortes, en algún momento se intentó recuperar esa idea inicial, pero el rechazo a la misma fue mayoritario. En pp. 93-95, Tomás y Valiente cuenta la anécdota de que el diputado Gómez Fernández pidió a la Comisión una justificación, artículo por artículo, de su relación con las Leyes Fundamentales históricas o de los motivos del cambio de las mismas, la respuesta de algunos diputados fue airada y contundente, interrumpiendo el debate y rechazando que una asamblea constituyente pudiera tener como límite el respeto o vinculación con la legislación histórica.

³⁰ Véase, por ejemplo, Fernández Sarasola, Ignacio, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, CEPC, 2011, p. 97, quien destaca que el diputado Espiga propuso ese cambio de terminología alegando esas razones de “originalidad” y “aceptabilidad”, y en realidad para disimular el afrancesamiento en la Constitución.

legislación vigente. Pero ello no afecta al papel y la función llevados a cabo por las propias Cortes, aspecto en el que la influencia histórica es mucho más evidente.

En fin, parece claro que la influencia doctrinal y jurídica francesa tenía una significativa presencia en el ámbito cultural preconstituyente, pero compartía la misma con otras corrientes de influencia también importantes, como la anglosajona o el “constitucionalismo histórico” español. Entre los liberales sí predominaba esa influencia francesa, y estos, pese a ser minoría en las Cortes de Cádiz, lograron imponer esa influencia como dominante³¹ en el texto final. Sin embargo, ello no justifica considerar que dicha influencia fuese prácticamente única o ignorar otras que también tuvieron, de uno u otro modo, un significado importante en la labor de las Cortes de Cádiz entre 1810 y 1812.

5.2.2. Cortes de Cádiz y Cortes históricas españolas

Es un hecho incontrovertible que, al menos en la forma, la tradición histórica española dejó su huella en las Cortes de Cádiz y en la elaboración de la Constitución de 1812. Al respecto, es habitual destacar muy especialmente la justificación que de la misma supone el *Discurso preliminar* elaborado por Agustín de Argüelles. Las menciones de dicho discurso que acreditan esta afirmación son muy numerosas.³²

³¹ Esteban, Jorge de, “Ante el bicentenario...”, *cit.*, pp. 23 y ss., habla de que los liberales lograron “engañar” a la mayoría. Señala este autor que ese “engaño” de los liberales se llevó a cabo “pensando que lograrían, una vez liquidado el Antiguo Régimen, que España acabase ingresando en la modernidad”, lo que lamentablemente no se produjo por falta de una base sociológica burguesa. Siguiendo a este autor, el “engaño” pudo lograrse porque “los diputados de la minoría liberal fueron los que estaban mejor preparados, a pesar de su juventud, para convencer de sus ideas a una mayoría que no supo muchas veces lo que votaba”.

Con todo, la influencia historicista en los liberales es también notoria, como destaca por ejemplo Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *La teoría del Estado...*, *cit.*, pp. 36 y ss., quien analiza la influencia de Martínez Marina en los liberales, con sus similitudes y diferencias.

³² A título de muestra, el extenso *Discurso preliminar* cita expresamente todas las que considera “leyes, que mejor pueden llamarse fundamentales,

Sin embargo, la cuestión es si esta influencia formal y terminológica tiene consecuencias materiales y, en particular, si la referencia frecuente a las “Leyes Fundamentales del reino” o a la “Constitución histórica” se utilizaba para incorporar realmente elementos o contenidos procedentes de la regulación tradicional española, o más bien para encubrir la verdadera influencia francesa tratando de justificar que el texto que se estaba elaborando era realmente original y autóctono.³³ El citado *Discurso*

contenidas en el *Fuero Juzgo*, las Partidas, Fuero Viejo, Fuero Real, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento Real y Nueva Recopilación. El espíritu de libertad política y civil que brilla en la mayor parte de ellas, se halla a las veces sofocado con el de la más extraordinaria inconsecuencia y aun contradicción...”. Y en otro momento añade que la Comisión “procuró penetrarse profundamente, no del tenor de las citadas leyes, sino de su índole y espíritu [...] ordenó su proyecto, nacional y antiguo en la sustancia, nuevo solamente en el orden y método de su disposición”. Un poco más adelante, el texto parece encontrar una justificación a la separación de poderes en la propia historia: “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 está reunido en una sola mano”. En fin, podríamos prolongar las citas del *Discurso preliminar* que siguen esa línea historicista, pero para no extendernos, baste apuntar que hacia el final del discurso, se afirma que “Su mayor conato ha sido recoger con toda diligencia, según lo ha expuesto ya en este discurso, de entre todas las leyes del código godo, y de los demás que se publicaron desde la restauración hasta la decadencia de nuestra libertad, los principios fundamentales de una monarquía moderada...”.

Sobre esta influencia del discurso, es muy interesante el comentario de Sánchez Agesta, Luis, “Agustín de Argüelles y la Constitución de 1812”, en *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, CEPC, 2011, ed. electrónica, consulta 22 nov 2013, disponible en www.cepc.es/Files/DiscursoPreliCons1812.pdf quien en pp. 37 y ss., rastrea la “raíz tradicional” del mismo, y afirma que, puesto que los datos históricos que contiene podrían no corresponderse con los conocimientos de Romanillos y Argüelles en la materia —ninguno de los dos era historiador—, es posible “reconstruir” como fuente ideológica e histórica del discurso en este aspecto a don Francisco Martínez Marina.

³³ Así, por ejemplo, Maravall, José Antonio, “El mito de la «tradición» en el constitucionalismo español”, en *Cuadernos hispanoamericanos*, núm. 329-330, 1977, *cit.*, pp. 547 y ss., se muestra claramente partidario de que la historia tuvo el sentido de ocultar las verdaderas influencias francesas en todo el proceso gaditano. En p. 552 señala: “Lo cierto es que, a mi parecer, ni siquiera en el episodio inicial, ni aun en los prolegómenos del mismo,

preliminar considera que el proyecto emprendido es “nacional y antiguo en la sustancia, nuevo solamente en el orden y método de su disposición”. Vista la Constitución desde hoy, aparentemente la realidad se aproxima acaso más a la idea contraria: lo “nacional y antiguo” parece tener en la Constitución de 1812 una influencia evidentemente formal y terminológica, pero también legitimadora como ya he destacado; mientras que lo “nuevo” tiene más que ver con algunos de los conceptos que subyacen en el texto, o quizá con el diferente sentido que se da a conceptos ya existentes como los de representación o nación.

En cualquier caso, y como ha destacado algún autor, la disyuntiva sobre si —principalmente entre los liberales— el recurso a la historia, más o menos mitificada o idealizada, fue “pura ingenuidad” o “una mera argucia justificatoria” es “uno de los más importantes puntos de fricción que se observa entre los estudiosos de la obra doceañista”.³⁴

Lo que interesa destacar es que el asunto del peso de la tradición histórica española en el contexto cultural del momento, en la configuración y en los trabajos de las Cortes de Cádiz y finalmente en la Constitución de 1812, no puede resolverse de forma simple limitando este peso a cuestiones superficiales. Por ello, es preciso detenerse en algunos aspectos:

1. Comenzando por lo que podríamos denominar el “ambiente cultural” de la época, cabe afirmar que el peso del historicismo en ciertas corrientes doctrinales ilustradas es incuestionable. Por citar solo algunos autores, es claro el papel que juega el mismo en Jovellanos o Martínez Marina, con independencia de la mayor o menor idealización que los mismos pudieran realizar del pasado histórico.³⁵ Ya en las Cortes de Cádiz, el historicismo estuvo presente tanto en los realistas como en los liberales, si bien, como

quienes protagonizaron, por lo menos en parte, la reforma constitucional creyeron de verdad en un mito que, no obstante, contribuyeron tanto a difundir”.

³⁴ Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *La teoría del Estado...*, cit., p. 36, quien recoge las principales opiniones al respecto.

³⁵ Véase sobre este tema el completo estudio de Nieto Soria, José Manuel, *Medievo constitucional...*, cit., por ejemplo en pp. 43 y ss.

destaca Varela Suanzes “el historicismo de los realistas se situaba en coordenadas de franca inspiración jovellanista, mientras que el de los liberales se acercaba más al de Martínez Marina, sin confundirse del todo con él”.³⁶

La utilización de la historia constitucional española como “pretexto” para encubrir el carácter revolucionario del proceso y la influencia francesa, suele imputarse específicamente a los liberales, y si bien es cierto que el texto finalmente aprobado obedeció predominantemente a los postulados de los mismos, tampoco cabe ignorar que estos tuvieron que realizar en ocasiones determinadas “concesiones” para la aprobación de dicho texto, que implicaban un cierto reconocimiento material del peso de aspectos originales o tradicionales, por ejemplo, en cuestiones vinculadas a la religión.³⁷

En cualquier caso, la influencia histórica no se quedó en estas cuestiones, sino que estuvo presente en la justificación de algunos de los principios que tuvieron más peso en los debates constituyentes. En los propios liberales existió esa influencia histórica, al menos con alcance justificador de las ideas de soberanía nacional, y aunque se produjera la ya aludida “mitificación” o idealización del pasado medieval, no parece que ese alcance estuviera siempre presidido necesariamente por una manipulación o falseamiento de la historia o por su utilización como mera

³⁶ Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín *La teoría del Estado...*, cit., p. 9. En p. 38 afirma este autor que “Estas básicas coincidencias entre Marina y los liberales doceañistas son evidentes y harto conocidas, por lo que insistir en ellas a estas alturas implicaría una tediosa e innecesaria reiteración”, por lo que pasa a señalar las posibles diferencias entre el historicismo de Marina y el de los liberales.

³⁷ Aun quienes defienden de forma clara la influencia francesa en términos cercanos al “plagio”, han de admitir la presencia de otros elementos aunque fueron aceptados por los liberales como “concesiones”. En este sentido, y como señala Esteban, Jorge de, “Ante el bicentenario...”, cit., pp. 23-24, para consumir el “engaño”, los liberales tuvieron que hacer concesiones continuas a la religión católica, para, de tal manera, ocultar, “como si fuera un disfraz, una Constitución revolucionaria”, logrando así introducir “una copia de la Constitución francesa de 1791, disfrazada, eso sí, con elementos religiosos y reaccionarios de la Constitución tradicional de España”.

cobertura.³⁸ Por otro lado, en los realistas tampoco cabe afirmar que las influencias históricas fuesen en la línea de una defensa del Antiguo Régimen o del inmovilismo frente a este, sino que al menos en los realistas ilustrados, esas influencias parecen jugar más bien a favor de una monarquía moderada. Como ha destacado Fernández Sarasola, “en el debate de las Cortes de Cádiz chocaron dos historicismos distintos: el de los realistas, que veían en la historia nacional la consagración de sus ideas de soberanía regia y *balanced constitution*; y el historicismo liberal, que columbraba en el pasado la doctrina de la soberanía nacional y la primacía de las Cortes”.³⁹ En realidad, la misma idea clave de so-

³⁸ En este sentido, son interesantes las consideraciones que realiza Maravall, José Antonio, “Estudio preliminar”, en Martínez Marina, Francisco, *Discurso sobre el origen de la monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español*, Madrid, CEPC, 2011, ed. electrónica, disponible en www.cepc.es/Files/DiscursoOrigenMonar.pdf p. 78, quien, tras destacar que para Martínez Marina el concepto de Constitución se refiere más a una estructura real que a un texto escrito, señalando la base histórica de este concepto, sostiene “Este entronque histórico es nota común y característica de nuestro constitucionalismo, por lo menos en su primera fase. Pero algo distingue a nuestro autor de otros pensadores de la época, por ejemplo, de Argüelles, tomando a este como representante genuino de la línea de pensamiento que se expresa en el «Discurso preliminar» de la Constitución de Cádiz. Argüelles, que no es historiador, interpreta las referencias que tiene del pasado en el sentido de las modernas ideas, alterando aquellas radicalmente, Marina, sobre cuyo pensamiento pesa mucho más un efectivo saber histórico, cree hallar en los testimonios del pasado las ideas nuevas y acaba desfigurando estas al interpretarlas desde unos pretendidos orígenes con los que, en rigor, tenían muy escasa relación”. De ser acertada esta visión, el historicismo de Marina sería así probablemente más consciente, riguroso y sincero que el de Argüelles, y en ambos casos se produciría una alteración de la interpretación de las circunstancias políticas, pero en Argüelles se altera el pasado, y en Marina el presente. Lo que no queda claro es en qué medida esa tergiversación es consciente e intencionada, y aunque la doctrina suele cuestionar esa “sinceridad” de la inspiración historicista en el caso de Argüelles, puede que en parte haya también falta de conocimiento profundo de las instituciones históricas, o incluso desinterés real por las mismas. Por lo demás, hay que convenir que defender la influencia histórica española en la configuración y la labor de las Cortes de Cádiz no significa que las mismas no tuvieran legitimidad para llevar a cabo una nueva Constitución.

³⁹ Fernández Sarasola, Ignacio, “La Constitución española de 1812...”, *cit.*, p. 374.

beranía nacional puede encontrar fundamentos tanto históricos como revolucionarios.⁴⁰

En cualquier caso, es muy importante desterrar la idea de que la influencia histórica es equiparable a tendencias conservadoras o absolutistas, ya que de un modo u otro, con mayor o menor intensidad, la referencia a las instituciones medievales implica el reconocimiento de la limitación del poder del rey⁴¹ y de la participación ciudadana en la toma de decisiones, e incluso la preservación de un cierto ámbito de inmunidad personal ante el poder. Como ha destacado Fernández Sarasola, “historicismo y conservación del Antiguo Régimen no solo no son compatibles, sino claramente antagónicos”.⁴² Cuestión distinta es que las referencias históricas utilizadas hayan sido objeto en muchos casos de un proceso de mitificación, consistente en la idealización de los precedentes medievales para convertirlos en una referencia casi perfecta de monarquía limitada y participación democrática⁴³ (lo cual, por cierto, no es demasiado diferente a lo sucedido en otros países⁴⁴ ni resta efecto fundamentador o legitimador a la historia en cuanto la esencia de esos precedentes sirve para justificar la institución); o, por otro lado, que en ocasiones las “concesio-

⁴⁰ Véase, sobre este concepto, Torres del Moral, Antonio, “La soberanía nacional en la Constitución de Cádiz”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 82, 2011, pp. 57 y ss., y, desde luego, el trabajo reiteradamente citado de Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *La teoría del Estado...*, cit., pp. 45 y ss.

⁴¹ Véase Fernández Sarasola, Ignacio, “La Constitución española de 1812...”, cit., p. 374.

⁴² *Ibidem*, p. 108.

⁴³ Sobre este proceso de mitificación y tergiversación del pasado, véase el excelente trabajo histórico de Nieto Soria, José Manuel, *Medievo constitucional...*, cit., en especial pp. 161 y ss. Sobre el peso de los precedentes medievales y del goticismo en el constituyente gaditano, puede verse el muy interesante trabajo de Álvarez Alonso, Clara, “Un rey, una ley, una religión (goticismo y Constitución histórica en el debate constitucional gaditano)”, en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 1, 2000, consulta 22 nov 2013, disponible en <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/issue/view/2/showToc>

⁴⁴ Véase, por ejemplo, Maravall, José Antonio, “El mito de la «tradición»...”, cit., p. 567, para quien “en esto el constitucionalismo español no difiere del europeo más que en la mayor duración del mito...”.

nes” realizadas en la redacción para evidenciar la separación del modelo francés no recojan precisamente esa influencia medieval —más o menos *mitificada*—, sino otros aspectos acaso más vinculados al peso de la Iglesia católica en España y en las mismas Cortes de Cádiz.

Por lo demás, el peso de la historia estuvo también presente en el hecho de que ni las Cortes ni la Constitución derogasen expresamente los fueros y leyes propios de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, sin duda una singularidad propia derivada de la historia de España —aunque más o menos mitificada a lo largo del siglo XIX— que fue capaz de superar durante casi todo el siglo el impulso centralizador y el modelo de vertebración del Estado derivado del constitucionalismo.⁴⁵

2. La tradición constitucional española parece haber estado presente también en los aspectos relativos a la convocatoria de las propias Cortes que elaboraron la Constitución y a la labor de estas. Con independencia del contenido material del texto final y su mayor o menor vinculación histórica —es claro el carácter innovador del mismo desde la perspectiva de la historia de España— puede admitirse que la legitimidad de la Asamblea que redactó la Constitución de 1812 radicaba, al menos en su inicio, en su vinculación con la institución histórica española, y antes castellana o aragonesa. A diferencia del caso francés, en el que los Estados Generales pasaron pronto a constituirse como Asamblea Nacional, en España la convocatoria de las Cortes se justifica en el

⁴⁵ Sobre la cuestión de los fueros en la Constitución de 1812 y el final entendimiento de que finalmente aquellos eran compatibles con el texto aprobado, véanse los muy interesantes comentarios de Muñoz Machado, Santiago, *El problema de la vertebración...*, cit., pp. 215 y ss. En p. 219, tras señalar la aparente contradicción entre los fueros y los principios constitucionales, se afirma: “La apelación a la historia [...] tendría que favorecer también la continuidad de los fueros vascongados y navarros. ¿No se apelaba a la historia como fuente de la nueva constitucionalidad? Pues historia eran, esencialmente, los fueros, cuya conservación, al cabo, no era sino una coherente consecuencia del propio historicismo ideológico de la Constitución”. Sobre la tensión entre aplicación, derogación de los fueros o adaptación de los mismos a los principios constitucionales en el siglo XIX, véanse las siguientes páginas del trabajo citado. Respecto a los debates sobre los fueros en dicha centuria, Amézaga, Elías, *Los fueros, raíz de la basconidad*, Bilbao, Ikur, 1992.

respeto al derecho histórico y las mismas se mantienen como tales aun cuando, como ya he apuntado, en el fondo pronto se produce un abandono de la idea de que su misión fuera meramente recopilar o reformar la legislación histórica española. La relación entre las Cortes castellanas y las de Cádiz ha sido destacada por diversos autores y es apreciable en diversas manifestaciones,⁴⁶ y

⁴⁶ Véase, por ejemplo, Pérez-Prendes y Muñoz de Arragó, José Manuel, “Cortes de Castilla y Cortes de Cádiz”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 126, nov-dic, 1962, p. 321, quien afirma textualmente: “Para cualquiera que haya leído, siquiera sea superficialmente, las fuentes de conocimiento del hecho gaditano, los innúmeros panfletos, trabajos polémicos, manifiestos, representaciones, libros doctrinales y, en general, la inmensa masa de literatura por él y sobre él promovida, convendrá con nosotros en que hay, tras los problemas constitucionales y las declaraciones de derechos, tras los discursos fogosos o la fría práctica administrativa del momento, un motor indiscutible, un fantasma, que es el alma del problema debatido. Ese motor que impulsa todo no es otro que el recuerdo de que en ciertos momentos de nuestra historia se celebraron unas reuniones a las que se llamaba Cortes, y en las que gentes de muy diversa condición social, nobles, clero y burgueses, aparecían relacionados de alguna manera con la promulgación de unas leyes, la aprobación de unas prestaciones económicas, el juramento de fidelidad al príncipe heredero, los grandes asuntos de la política internacional y las peticiones sobre mejora de determinados ramos de la vida pública que se elevaban a los monarcas”. Sin embargo, tras un análisis detenido de las Cortes históricas y las de 1812, el citado autor concluye evidentemente que (p. 429) “se podrá comprender hasta qué punto supuso en nuestra historia una radical innovación, la Constitución de 1812.

En ella, por primera vez en nuestra historia, se consolidan las Cortes como un órgano plenamente parlamentario en el sentido técnico que esta expresión encierra en el derecho político actual, cosa que, se repetimos, evidentemente, no eran antes”.

Más recientemente, Dios, Salustiano de, “El legado castellano en las Cortes de Cádiz”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa, 2011, vol. I, pp. 485 y ss., destaca algunas “pervivencias” o “secuelas” de las antiguas Cortes castellanas en las Cortes de Cádiz, haciendo alusión a una “doble representación, general o de la nación, y particular o territorial de las provincias y ayuntamientos” (p. 507). Añade este autor que “algo más llamativo, si no sorprendente, pudiera parecernos el hecho de que el mismo texto de la Constitución recoja todavía secuelas visibles del pasado castellano en este campo de la representación, como es la utilización del término poderes...” (p. 508), y añade otros ejemplos de “pervivencias o persistencias”.

si bien en Cádiz nace una nueva forma de representación,⁴⁷ no desaparecen por completo las huellas de la anterior, y la referencia a las Cortes históricas permanece siempre presente como fuente de legitimación de la convocatoria y el papel de las nuevas Cortes gaditanas.

Por lo demás, la mitificación de la historia que, como se ha indicado, se muestra en la labor de las propias Cortes, no es óbice para destacar el peso de la misma (o de la interpretación que se hace de esta) en ese momento crucial. No se trataba de la primera vez que la institución parlamentaria iba a experimentar un cambio significativo ni tampoco de la primera ocasión en que dicha transformación se iba a justificar invocando una vuelta a los fundamentos históricos de la institución (o incluso a precedentes remotos y mitificados de la misma). El mito gótico y las reminiscencias historicistas estaban ya presentes en algunas de las últimas Cortes bajomedievales, lo que en realidad las asemejaba aun más al proceso iniciado en Cádiz en 1810. En palabras de Nieto Soria:

[...] también entonces, en aquel tránsito del Medievo a la Modernidad, como en este otro de la modernidad a la contemporaneidad en los principios del siglo XIX, se hablaría de los abusos de los gobiernos recientes, de un mito gótico inspirador, de una voluntad de reparación de la pérdida de España, o de una restauración de los buenos fueros y de las leyes ejemplares [...] ¡Cuántas similitudes entre el Cádiz de 1812 y el Toledo de 1480! En un caso y en otro, tomaba valor singular un neogoticismo, un neomedievalismo, que venían a llenar de proyectos el futuro político inmediato. Para ello, tanto en una como en otra ocasión histórica, se impugnaba el pasado reciente y se reivindicaba la restauración de los que en ambos contextos históricos se presentaba, en la remota lejanía de los tiempos, como la nación originaria.⁴⁸

Desde luego, la idea anterior es compatible con la circunstancia indudable, y que ya he reiterado, de que las Cortes de Cádiz, como todos los parlamentos contemporáneos, inauguran

⁴⁷ Al respecto, por ejemplo, Torres del Moral, Antonio, “Cádiz: recepción de los principios básicos del constitucionalismo”, *cit.*, pp. 60 y ss.

⁴⁸ Nieto Soria, José Manuel, *Medievo constitucional...*, *cit.*, pp. 182-183.

una nueva forma de representación, que podríamos denominar representación política, frente a la representación estamental medieval. Pero en España, la ruptura entre ambos tipos de representación no fue tan acusada como en Francia, pues como también he apuntado, las Cortes siguieron existiendo y convocándose, aunque más debilitadas, durante la Edad Moderna (habiéndose desaparecido en Castilla, desde el siglo XVI, la presencia de los “brazos” nobiliario y eclesiástico); y, por otro lado, en las Cortes de Cádiz el peso de la representación territorial fue aún importante, de tal modo que puede hablarse de una doble representación de los diputados, la de su ciudad o provincia y la de la nación, y en cierto sentido serían todavía, en algunos aspectos, unas “Cortes de transición”.

3. En fin, la doctrina coincide en reconocer la influencia del derecho histórico en la terminología utilizada para denominar las instituciones. Esta influencia, que en muchos aspectos se mantiene hasta hoy, no debería minimizarse en su significado —no se olvide cómo la institución representativa quiso inmediatamente en Francia cambiar su denominación—, y probablemente no refleje solo aspectos puramente formales, sino también el deseo de respetar las instituciones históricas, aunque adaptándolas a una nueva época.

5.2.3. Otras influencias

Aunque las dos influencias apuntadas constituyen sin duda las más importantes y apreciables en el proceso constituyente y en la propia configuración de las Cortes de Cádiz, no es posible dejar de destacar la presencia de otras corrientes de influencia significativas, y en particular el papel del constitucionalismo británico.

El conocimiento del constitucionalismo y del pensamiento político inglés es notorio en algunos ilustrados españoles, como Jovellanos;⁴⁹ e incluso cabría hablar de cierta anglofilia en algunos pensadores ilustrados, atraídos por el modelo británico basa-

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Tomás y Valiente, Francisco, “Génesis...”, *cit.*, p. 71; Fernández Sarasola, Ignacio, *La Constitución de Cádiz. Origen...*, *cit.*, p. 107, nota a pie 56.

do en la idea de libertad garantizada a través de la Constitución histórica, y cuyo diseño teórico se basaba en un “gobierno equilibrado” fundamentado en la doctrina de *checks and balances*, lo que le auguró “un rotundo éxito entre un sector ilustrado e historicista de nuestra nación”, ya que “el modelo inglés representaba el valor de la historia y del progreso gradual que deseaba la Ilustración española”.⁵⁰

En el momento de la elaboración de la Constitución de Cádiz, la referencia británica sin duda estuvo presente, aunque de nuevo cabe apuntar que la intensidad de la misma fue diferente en los distintos grupos ideológicos de las Cortes. La influencia fue predominante en el grupo de los realistas ilustrados, sobre todo porque el sistema británico representaba un modelo de evolución de las instituciones y daba un peso importante a los antecedentes históricos, lo cual resultaba coherente con sus posiciones respecto a la misma “Constitución histórica” española. Aunque por otro lado, y como se ha destacado, la influencia británica se produjo respecto a un modelo de monarquía limitada basado en los textos del siglo xvii y ya superado en la Inglaterra de inicios del siglo xix, donde por la vía de la lenta evolución se habían ido ya imponiendo los parámetros de la monarquía parlamentaria.⁵¹

En fin, cabe también mencionar el posible conocimiento del modelo estadounidense en el ámbito cultural y político previo a las Cortes de Cádiz, de tal manera que el mismo pudo tener peso en ciertas ideas que tendrían alguna presencia en el debate político, como la de Constitución racional —frente a la Constitución histórica de inspiración británica— o en el modelo de separación de poderes,⁵² aunque en este último aspecto es posible que se

⁵⁰ *Ibidem*, p. 360.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 362-363.

⁵² Véase Fernández Sarasola, Ignacio, “La Constitución...”, *cit.*, pp. 364-365. Destaca este autor que el éxito del modelo estadounidense fue limitado por dos circunstancias: “[p]or una parte, por el contexto político en el que nació, a saber, la emancipación de las colonias después de su guerra con Gran Bretaña. En un país como España, que conservaba extensas posesiones en ultramar, el ejemplo norteamericano representaba un peligro latente. Pero, por otra parte, el modelo tenía pocas posibilidades de prosperar por su propio diseño. En efecto, la Constitución norteamericana de 1787 ofrecía una

produjera directamente la influencia de Montesquieu. Con todo, es claro que la influencia norteamericana tuvo en España un peso muy inferior al que tendría en otros lugares, como en el primer constitucionalismo de los países iberoamericanos.

5.3. El debate sobre las influencias en la doctrina posterior

La cuestión de la mayor o menor influencia del constitucionalismo histórico español y del proceso revolucionario francés en las Cortes de Cádiz y en el texto constitucional de 1812 es difícil de precisar y compleja, pero a la vez encierra tanta enjundia y es tan apasionante que el debate al respecto ha estado presente de forma prácticamente ininterrumpida en los 200 años posteriores. Un trabajo minucioso de Jean-René Aymes⁵³ ha analizado la pervivencia de dicho debate a lo largo de las décadas, e incluso hoy perviven las diferentes posiciones.⁵⁴

No es posible aquí analizar con detalle este prolijo y largo debate, por lo que prácticamente me limito a constatar su evolución, en la cual alternan periodos en los que mayoritariamente se reconoce el peso de la influencia francesa, con otros en los que se resaltan los rasgos y características autóctonas de la Constitución gaditana y, a veces con mayor amplitud, de todo el liberalismo español.⁵⁵ Así, parece que en la primera mitad del siglo XIX los

forma de Estado republicana y federal. Estas dos características estaban lejos de triunfar en España...”.

⁵³ Aymes, Jean-René, “Le débat idéologique-historiographique autour des origines françaises du libéralisme espagnol: Cortès de Cadix et Constitution de 1812”, en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 4, 2003, consulta 22 nov 2013, disponible en <http://hc.rediris.es/04/index.html>

⁵⁴ También es del mayor interés, aunque tomando partido por la idea de la verdadera influencia francesa y la mitificación de la historia para encubrir aquella, el trabajo de Maravall, José Antonio, “El mito de la tradición...”, *cit.*, pp. 561 y ss., reflejan el debate posterior a las Cortes de Cádiz.

⁵⁵ Sobre los orígenes de este véase, por ejemplo, Colomer Viadel, Antonio, *Los liberales y el origen de la monarquía parlamentaria en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993. Ya en p. 13 destaca este autor que el liberalismo español de 1810-12 “empieza por inventarse su propio nombre y proyectarlo

partidarios de la Constitución de 1812 ocultaron en general sus influencias francesas,⁵⁶ pero el debate sobre la cuestión, con partidarios y detractores de esa influencia francesa, se ha mantenido —con mayor o menor intensidad según los momentos— hasta la actualidad.

Por lo demás, la cuestión trascendió nuestras fronteras. Resulta muy curiosa, por ejemplo, la postura de Karl Marx, quien se pronuncia en un texto dedicado monográficamente al tema, muchos de cuyos pasajes apuntan el carácter peculiar y original del proceso español. Así, tras plantear que la Constitución de 1812 fue tachada por algunos de ser una mera copia de la francesa de 1791, mientras que otros habían sostenido que las Cortes se ataron irracionalmente a fórmulas anticuadas tomadas de los viejos fueros, señala que “La verdad es que la Constitución de 1812 es una reproducción de los antiguos fueros, pero leídos a la luz de la Revolución francesa y adaptados a las necesidades de la sociedad moderna”. Más adelante señala que “La reunión de todos los representantes en una cámara única no es en modo alguno copia de la Constitución francesa de 1791, como pretenden los disgustados *tories* ingleses”. Y en fin, termina indicando que “Al concluir este análisis de la Constitución de 1812 llegamos pues a la conclusión de que, lejos de ser una copia servil de la Constitución francesa de 1791, fue un producto genuino y original, surgido de la vida intelectual, regenerador de las antiguas tradiciones populares, introductor de las medidas reformistas enérgicamente pedidas por los más célebres autores y estadistas del siglo XVIII y cargado de inevitables concesiones a los prejuicios populares”.⁵⁷

universalmente”, y que este liberalismo, “traspasado por la carga ética del origen de la palabra —olerante, generoso—, dará una sustancia moral al liberalismo español, en claro contrapunto con el liberalismo económico y utilitario del resto del mundo”.

⁵⁶ Aymes, Jean-René, “Le débat ideologico-historiographique...”, *cit.*, p. 58.

⁵⁷ Karl Marx, artículo publicado en el *New York Daily Tribune*, 24 dic 1854, incluido en Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Revolución en España*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 1973. Las citas son de pp. 109, 111 y 113, respectivamente. Por cierto, Maravall, José Antonio, “El mito de la «tradición»...”, *cit.*, pp. 563-564, comentando este artículo de Marx, critica los argumentos que utiliza indicando que las adaptaciones que el propio Marx aprecia respecto a los antecedentes medievales son en realidad alteraciones esenciales, y se

Ya entre autores más recientes, Vera Santos analiza las tres posturas sobre el mayor o menor énfasis de esta influencia, que en síntesis serían: 1. “quienes consideran que se produce un paralelismo casi perfecto entre ambos textos”, como Vélez o F. Suárez; 2. quienes se sitúan en una “posición más tenue”, aludiendo al “*in medio virtus* entre la notoria influencia y los elementos que se separan de los constituyentes franceses”, como Sánchez Agesta, y 3. quienes “argumentan a favor de la idiosincrasia propia del texto gaditano”, enfatizando más “los elementos que difieren [...] que los que corren en paralelo”, como Artola o Sevilla Andrés.⁵⁸

En sentido parecido, Peña González señala que para un sector importante de la historiografía hispánica, “la Constitución del 12 es un puro calco del extranjero”, citando aquí a Adolfo Posada, Mirkine-Guetzevich, Fernández Almagro, Suárez Verdaguer y Diem; y añade que “frente a esta tesis, un grupo de historiadores, tomando como punto de partida los estudios de Artola [...] reiteran una y otra vez el españolismo de nuestro liberalismo, sin desconocer por ello la impronta francesa de la Ilustración, presente también en la versión española de la misma [...]”, mencionando, entre otros, a Esther Martínez Quinteiro, Diego Sevilla Andrés, Manuel Moreno Alonso, Solé Tura o Jover Zamora.⁵⁹

En suma, un debate que parece no haberse terminado de resolver. Y aunque quizá hoy vuelva a ser dominante la corriente que destaca la fuerte influencia francesa y considera que la influencia histórica fue meramente formal aunque se quiso exteriorizar para utilizarla como pretexto, tampoco han desaparecido las opiniones que enfatizan el peso real de nuestro parlamentarismo histórico en la configuración de las Cortes de Cádiz y en el diseño realizado por la Constitución de 1812. Por lo demás, la viveza del debate pone de relieve la trascendencia de la cuestión, pues como se ha visto, si las Cortes de 1810-1812

permite indicar que si bien Marx comenta la revolución liberal en España, en realidad “sabe poco de esta”.

⁵⁸ Vera Santos, José Manuel, “La influencia...”, *cit.*, pp. 147-148.

⁵⁹ Peña González, José, “Cádiz...”, *cit.*, p. 40.

son tributarias de las instituciones existentes en nuestro derecho tradicional, la institución tendría legitimidad para llevar a cabo la obra que realizó (aunque la misma fuera materialmente revolucionaria en muchos aspectos) y, por tanto, Fernando VII no habría tenido en términos jurídicos razón para rechazar la obra gaditana.⁶⁰

6. CORTES DE CÁDIZ Y CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: ¿UNA “TERCERA VÍA”?

El presente trabajo ha tenido como objetivo central poner de relieve la relación entre las Cortes de Cádiz y los antecedentes históricos del parlamentarismo español sin negar sus relaciones con otras formas parlamentarias, como la Asamblea Nacional surgida con el proceso revolucionario francés o el Parlamento británico. Lo verdaderamente importante es que la mezcla de influencias propias y extranjeras da un carácter original a los inicios del parlamentarismo contemporáneo español, y más ampliamente a nuestro constitucionalismo. Un carácter propio que se mantendrá durante toda la Edad Contemporánea, aunque obviamente seguirán existiendo esas influencias y aparecerán otras nuevas.

Como se ha destacado, es claro que finalmente la Constitución de Cádiz supone el inicio del constitucionalismo contemporáneo y no una mera reforma de las llamadas “Leyes Fundamentales” que conformaban la “Constitución histórica”, pero tampoco cabe ignorar que la referencia a las mismas estuvo también presente y dejó su huella en el proceso constituyente, y finalmente en el texto constitucional. Materialmente se inicia una ruptura con el Antiguo Régimen, pero no con toda la historia anterior, dado que el nuevo orden jurídico-político que se pretendía establecer recogía tanto influencias próximas (como las derivadas del constitu-

⁶⁰ Todo lo cual se refiere a la legitimidad histórica y a la conformidad legal de la institución, y no afecta obviamente a la cuestión de la legitimidad democrática de las Cortes y de sus miembros, elegidos —al menos como principio teórico— por sufragio universal, aunque como es sabido, en la práctica su funcionamiento fue bastante azaroso y no siempre podría afirmarse que su composición reflejase con rigor la voluntad popular...

cionalismo revolucionario francés) como más remotas (como las que partían del “medievo constitucional” hispano), sin descartar otras como las del constitucionalismo británico.⁶¹

En suma, aceptando la influencia francesa en los contenidos de la Constitución de 1812, conviene no minusvalorar la importancia del derecho histórico español en la configuración y en la labor de las Cortes constituyentes gaditanas. Los liberales ilustrados, aun cuando estuvieran influidos por la cultura francesa, fueron siempre conscientes de las peculiaridades de España y trataron de respetarlas, sin que pueda decirse que se limitaran a copiar, sino que más bien querían adaptar las nuevas ideas y tendencias a las características propias de nuestro país y, sobre todo, buscar antecedentes propios que pudieran justificarlas y ayudar a implantarlas. Probablemente esa idea tuvo reflejo en el proceso constituyente y en la propia Constitución. Álvarez Alonso ha destacado que si bien no sería correcto hablar de restauración, en algunos aspectos sí puede hablarse de continuidad.⁶² Aunque esta idea requeriría también de muchas matizaciones, parece cierto que el proceso seguido en España, si bien no puede compararse con la evolución más o menos constante de las instituciones in-

⁶¹ González Hernández, Esther, *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces-Universidad Rey Juan Carlos, 2006, p. 84, destaca con acierto que el texto de 1812 fue una Constitución “influida doctrinalmente por el iusnaturalismo racionalista y por la obra de pensadores como Montesquieu, Sieyès, Rousseau, Locke [...]. Pero en el aspecto práctico la experiencia más palpable fue la experiencia constitucional anglo-francesa”.

⁶² Álvarez Alonso, Clara, “Un rey...”, *cit.*, p. 59, afirma textualmente: “aunando elementos racionales y teológicos, los dos puntales sobre cuya confrontación o simbiosis se asentará la cultura jurídica europea hasta muy avanzado el Ochocientos, el modelo que implanta tal Código político en modo alguno significa una ruptura, sino más bien una fuerte dosis de continuidad del modelo preexistente, a todos los efectos y en diversas manifestaciones. Continuidad —que no restauración, y mucho menos de una Constitución histórica intencionadamente desvirtuada a través de un mito creado con sumo cuidado a partir de unos, asimismo voluntariamente distorsionados, precedentes góticos relanzados con éxito, sobre todo, desde tres siglos antes— a la que contribuyeron decisivamente las contradicciones internas de los presupuestos que informaban la revolución y que la producción normativa, comenzando por las constituciones, reflejaron puntualmente”.

glesas, tampoco es sin más equiparable a la Revolución francesa, de manera que las Cortes gaditanas encuentran como institución su legitimidad de origen en el respeto a las instituciones históricas españolas, aunque a partir de cierto momento se sintieron desvinculadas de los contenidos de las “Leyes Fundamentales del reino”. El proceso fue así revolucionario en cuanto a su resultado y a los contenidos de la nueva Constitución, así como por la apertura a una nueva forma de representación, pero desde el punto de vista de las instituciones supone más bien un cambio (ciertamente cualitativo) dentro de la evolución multiseccular de las Cortes, un punto de inflexión, pero también y en cierto modo, un intento de recuperar, si no la forma de representación de las Cortes históricas, sí su espíritu de participación ciudadana y su significado limitativo del poder real. La historia actuó así como un elemento importante en la legitimación y justificación de las instituciones, pero no determinante ni vinculante, ni en cuanto al funcionamiento y forma de articular la representación ni sobre todo en lo que atañe al contenido de la nueva Constitución. Algo que, por lo demás, es común a casi todos los países europeos cuando se trata de recuperar instituciones históricas.

Hay que insistir en que ni en los antecedentes, ni en el proceso, ni en el resultado del mismo (texto constitucional de 1812) se puede hablar de una experiencia básicamente igual a la francesa, sino más bien de unos inicios de la época constitucional con perfiles propios. En mi opinión, y siguiendo en esto por ejemplo a Chust, cabe descartar el tópico de que la Constitución de 1812 fue una copia de la francesa de 1791.⁶³ De tal manera que más acertado que acudir a la idea de “copia” de la Constitución francesa de 1791, sería pensar en una “tercera vía” española, que cabría ubicar en algún punto intermedio entre la francesa y la inglesa, con influencias de ambas y, desde luego, también de los antecedentes históricos españoles.

⁶³ Manuel Chust, “La Constitución de 1812...”, *cit.*, p. 120, afirma: “Investigaciones renovadas que concluyen desterrando tópicos usuales como que la Constitución de 1812 fuera una copia de la Constitución de 1791 francesa. No lo pudo ser a menos que sinteticemos o concluyamos como «copia» el ser unicameral, tener división de poderes y proclamar la soberanía nacional. Cualquier comparación sería no resiste la conclusión de la imitación”.

En efecto, ya se ha destacado el carácter abiertamente rupturista del proceso francés, en el cual la mera convocatoria de los Estados Generales tuvo un sentido plenamente revolucionario, dado que la institución había desaparecido durante casi dos siglos. Ello contrasta con la lenta evolución secular del parlamentarismo inglés, en la cual, con la única excepción de la Revolución “Gloriosa” de 1688 (que no puede compararse en su sentido con la Revolución francesa de un siglo después), el Parlamento se transforma sin grandes sobresaltos en una institución poderosa y el protagonismo de las decisiones políticas se va trasladando a la Cámara de los Comunes, mientras la monarquía pasa de absoluta a parlamentaria, tras atravesar la fase de monarquía limitada. Como se ve, esta experiencia inglesa pone de relieve que el respeto a la historia y la fundamentación histórica de las instituciones son plenamente compatibles con la evolución de estas que permita la plena democratización del sistema. Por ejemplo, Reino Unido conserva todavía hoy la Cámara de los Lores, sobre la cual se plantea una nueva reforma, pero a lo largo de los siglos la misma, cuyos miembros carecen de legitimidad democrática directa, ha perdido casi todo poder político.

El caso español es sin duda diferente, pero acaso la evolución de nuestro parlamentarismo y de nuestro constitucionalismo no está tan próxima al caso francés como a veces se supone, y se relacione con el parlamentarismo inglés más de lo que parece a primera vista.

Las Cortes tuvieron una fuerte pujanza en la Edad Media y nunca llegaron a desaparecer en la Edad Moderna, a pesar de perder poder y funciones en esa época. Es lógico que cuando las mismas volvieron a actuar en Cádiz, aunque las diferencias con la institución histórica (sobre todo en los principios de la representación) fueran acusadas, no llegaban al punto de que se pensara que se estaba estableciendo una nueva institución, sino que más bien se trataba de un restablecimiento de una institución que había llegado prácticamente hasta esa fecha (hubo convocatoria de Cortes “antiguas” en 1789). Es seguro que en las Cortes gaditanas hubo consciencia de la necesidad de revigorizar la propia institución, pero no creo que pueda afirmarse con carácter general que la invocación de la historia tuviera solamente un sentido de enmascarar los aspectos revolucionarios del proce-

so. Probablemente se sabía lo mucho que había de novedoso en las propias Cortes, y especialmente en la Constitución que elaboraron, pero tampoco se desconocía el entronque de las mismas con nuestro derecho, y no cabe aseverar sin más que la afirmación de ese vínculo histórico estuviese global y sistemáticamente desprovista de toda sinceridad.

A fin de cuentas, la invocación de la historia con un sentido legitimador de una institución no es en modo alguno equivalente a su utilización con un alcance petrificador de dicha institución. Esa finalidad ultraconservadora es siempre negativa, en cambio, la justificación histórica de una institución resulta positiva cuando la misma está abierta a su evolución, y especialmente en lo relativo a la labor de reforma jurídica que deba llevar a cabo esa institución. En este sentido, el historicismo no tiene por qué ser conservador y, desde luego, el historicismo gaditano no representaba una vinculación con el Antiguo Régimen, sino más bien una justificación para la crítica al absolutismo propio del mismo. No es necesario mitificar las instituciones para afirmar que el parlamentarismo originario representaba un contrapeso efectivo, capaz de limitar el poder real, que en medida significativa se había perdido en el siglo XVIII (por lo demás, un cierto proceso de mitificación histórica se produce casi siempre que se utiliza la historia como modelo, y ello no es necesariamente negativo si se sabe extraer la utilidad de esa enseñanza histórica). En cualquier caso, lo cierto es que el hecho de que la institución fuera preservada en España permitió encontrar vías para su plena revitalización.

Por tanto, la historia de la institución parlamentaria jugó en Cádiz un papel esencialmente legitimador, pero no impidió una evidente evolución de la institución y, sobre todo, no impidió que las nuevas Cortes aprobaran un texto que, siendo por un lado la primera Constitución contemporánea de España, fuese tributaria, como cualquier nueva Constitución en el mundo, de antecedentes históricos propios y de los modelos comparados más próximos. Justamente ahí radica la originalidad de ese texto.

Y precisamente en esa capacidad para servir de enlace entre tradición y renovación, en ese saber abrir la Edad Contemporánea sin perder las referencias históricas, en ese ser “algo más” que un mero paso en un proceso evolutivo constante, pero algo

menos que una pura y radical ruptura con todo lo anterior, está la originalidad de las Cortes gaditanas, un “punto de inflexión” entre las Cortes históricas y el parlamentarismo contemporáneo, que abrió probablemente una “tercera vía” entre el constitucionalismo francés y el inglés.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media, Cortes de Castilla y León*, Valladolid, 1988, 2 vols.
- Álvarez Alonso, Clara, “Un rey, una ley, una religión (goticismo y Constitución histórica en el debate constitucional gaditano)”, en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 1, 2000, consulta 22 nov 2013, disponible en <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/issue/view/2/showToc>
- Amézaga, Elías, *Los fueros, raíz de la basconidad*, Bilbao, Ikur, 1992.
- Artola, Miguel y Flaquer Montequi, Rafael, *La Constitución de 1812*, vol. II de la obra dirigida por Artola, Miguel, *Las Constituciones españolas*, Madrid, Iustel, 2008.
- Aymes, Jean-René, “Le debat ideologico-historiographique autor des origines françaises du liberalisme espagnol: Cortes de Cadiz et Constitution de 1812”, en *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 4, 2003, consulta 22 nov 2013, disponible en <http://hc.rediris.es/04/index.html>
- Bagehot, Walter, *La Constitución de Inglaterra*, Madrid, CEPC, 2010.
- Barrios, Feliciano, “Las Cortes de los reinos españoles en los siglos XVI y XVII”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa, vol. I, 2011.
- Capmany, Antonio de, *Centinela contra franceses*, Manresa, Martín Trullás Impresor, 1808, disponible en <http://books.google.es/ebooks/reader?id=WQZyJClfv0gC&hl=es&printsec=frontcover&output=reader>

- Carretero Zamora, Juan Manuel, *Corpus documental de las Cortes de Castilla (1475-1517)*, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 1993.
- Colomer Viadel, Antonio, *Los liberales y el origen de la monarquía parlamentaria en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- Dios, Salustiano de, “El legado castellano en las Cortes de Cádiz”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa, 2011.
- Escudero, José Antonio, “Martínez Marina y la Teoría de las Cortes”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, consulta 22 nov 2013, disponible en www.juridicas.unam.mx
- , *Curso de Historia del Derecho*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003.
- Fernández Sarasola, Ignacio, “La Constitución española de 1812. Su proyección europea e iberoamericana”, en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 2, 2000.
- Fernández Sarasola, Ignacio, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, CEPC, 2011.
- Fraga Iribarne, Manuel, *El Parlamento británico desde la “Parliament Act” de 1911*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960.
- García Cárcel, Ricardo, “El concepto de revolución para el pensamiento conservador y el pensamiento liberal”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Espasa, 2011, vol. I.
- González Hernández, Esther, *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces-Universidad Rey Juan Carlos, 2006.
- Jovellanos, Gaspar Melchor de, *Obras publicadas e inéditas*, colección hecha e ilustrada por don Cándido Nocedal, M. Rivadeneira, Madrid, vol. I, 1858, consulta 20 ene 2012, disponible en <http://books.google.es/books?id=9D0OAAAAIAAJ&prints=ec=frontcover&dq=jovellanos&hl=es&sa=X&ei=gockT6mUMIO>

- 6hAe-rKCTBA&ved=0CGkQ6AEwCQ#v=onepage&q=jovellanos&f=false
- Keane, John, *The life and death of democracy*, Londres, Simon & Shuster, 2009.
- Lolme, Jean Louis de, *La Constitución inglesa comparada con los gobiernos republicanos y monárquicos de Europa*, Imprenta de Sánchiz, 1847, consulta 15 nov 2012, disponible en http://books.google.es/books?id=JoPWC7Ss9MoC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Lord, Robert Howard, “The Parliaments of the Middle Ages and the Early Modern Period”, en *Catholic Historical Review*, vol. 16, núm. 1, abr, 1930.
- Maravall, José Antonio “Estudio Preliminar”, en Martínez Marina, Francisco, *Discurso sobre el origen de la monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español*, Madrid, CEPC, 2011, ed. electrónica, disponible en www.cepc.es/Files/DiscurOrigen-Monar.pdf
- , “El mito de la «tradición» en el constitucionalismo español”, en *Cuadernos hispanoamericanos*, núm. 329-330, 1977.
- Martínez Marina, Francisco, *Teoría de las Cortes o Grandes Justas Nacionales de los Reinos de León y Castilla*, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 3 vols., 1813, disponible en http://books.google.es/books/about/Teor%C3%ADa_de_las_Cortes.html?hl=es&id=O3ADAAAQAAJ
- Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Revolución en España*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 1973.
- Molas, Pere, “Las Cortes nacionales en el siglo xviii”, en Escudero, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Espasa, Madrid, 2011, vol. I.
- Muñoz Machado, Santiago, *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al XXI)*, Madrid, Iustel, 2006.
- Nieto Soria, José Manuel, *Medievo constitucional. Historia y mito político en los orígenes de la España contemporánea (ca. 1750-1814)*, Madrid, Akal, 2007.

- Obras escogidas de don Francisco Martínez Marina*, 3 vols., en *Biblioteca de Autores Españoles*, t. CXCIV, Madrid, Atlas, 1966.
- Olivera Santos, César, *Las Cortes de Castilla y León y la crisis del reino (1445-1474)*. *El registro de Cortes*, Congreso Internacional sobre la “Historia de las Cortes de Castilla y León”, Burgos, 1986.
- Peña González, José, “Cádiz: apertura de España a la modernidad”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 82, 2011.
- Pérez-Prendes y Muñoz de Arragó, José Manuel, “Cortes de Castilla y Cortes de Cádiz”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 126, nov-dic, 1962.
- Procter, Evelyn S., *Curia y Cortes en Castilla y León 1072-1295*, trad. de Antonio S. Durán y Salustiano Moreta, Madrid, Cátedra, 1988.
- Sánchez Agesta, Luis, “Agustín de Argüelles y la Constitución de 1812”, en *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, CEPC, 2011, ed. electrónica, consulta 22 nov 2013, disponible en www.cepc.es/Files/DiscuPreliCons1812.pdf
- Suárez, Federico, *Las Cortes de Cádiz*, Madrid, Rialp, 2002.
- Tomás y Valiente, Francisco, “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas Leyes Fundamentales a una sola Constitución”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 65, 1995.
- Toreno, Conde de, *Historia del levantamiento, guerra y revolución en España*, Madrid, CEPC, 2008.
- Torres del Moral, Antonio, “Cádiz: recepción de los principios básicos del constitucionalismo”, en García Trobat, Pilar y Sánchez Ferriz, Remedio (coords.), *El legado de las Cortes de Cádiz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- , “La soberanía nacional en la Constitución de Cádiz”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 82, 2011.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, *La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2011.
- Vera Santos, José Manuel, *Las constituciones de Francia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

El Estado moderno: soberanía, población y territorio

1. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ESTADO

1.1. Diversos sentidos del término “Estado”

A pesar de que el Estado es un concepto básico para la ciencia política y el derecho constitucional, como tantas veces sucede en estas ramas del saber, no hay una definición universalmente válida del mismo, ya que son diversas las perspectivas de análisis, y tampoco es siempre coincidente la realidad que se trata de nombrar con ese término. Nos encontramos por ello con la paradoja de que resulta muy difícil ofrecer una definición de Estado en este momento de la exposición y, sin embargo, parece conveniente partir al menos de una idea aproximada de lo que sea la realidad denominada con solo este término, que utilizase por primera vez Maquiavelo en su obra *El Príncipe* (1513). Así que de momento solo es posible ofrecer un concepto genérico de Estado, que entendería por tal el ente formado por la organización jurídico-política de una población sobre un territorio, mediante la cual se ejerce un poder que, actuando a través de normas jurídicas, dispone del monopolio del uso legítimo de la fuerza. Sin embargo, hay que advertir que esta idea es aplicable a casi cualquier organización política, mientras que el término Estado suele utilizarse para referirse a una concreta forma histórica de organización del poder, como veremos en el siguiente apartado.

En todo caso, con frecuencia se utiliza la palabra “Estado” para referirse solo a una parte, perspectiva o dimensión de la compleja realidad a la que hace referencia el concepto que acabamos de ofrecer. De ahí que en ocasiones sea más preciso acompañar al sustantivo de un adjetivo. Así, se habla de Estado-ordenamiento, lo que supone entender este concepto como orden jurídico originario e independiente y, en definitiva, vincular Estado y derecho, destacando así la dimensión jurídica del completo entramado institucional y organizativo que ejerce el poder sobre una población y un territorio; en cambio, el Estado-aparato alude fundamentalmente a la organización política en sí misma considerada. Pero el mismo Estado-aparato se contrapone a veces al Estado-comunidad, idea que se centra en otro de los elementos, al referirse a la población o sociedad que en un determinado territorio se encuentra sometida al poder.

Por otra parte, en algunos Estados compuestos el término Estado puede referirse a la totalidad de la organización política que ejerce el poder, o bien solo a las instituciones centrales, en cuyo caso se contrapone a los órganos autónomos también dotados de poder político, que suelen denominarse, para mayor confusión terminológica, “Estados miembros”. Así, en España el Tribunal Constitucional ha destacado el sentido antifolológico de este término en la Constitución (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5); en efecto, se utiliza a veces el término Estado para referirse a la entidad global jurídico-política, incluyendo las instituciones centrales, autonómicas y locales (así, en los arts. 1.1, 56.1, 94, 137 de la Constitución), mientras que otras veces la palabra “Estado” se refiere solo a las instituciones centrales, y se contrapone a las comunidades autónomas (p. ej., en los arts. 149 y 150). En cambio, en la mayoría de los Estados federales, la palabra Estado hace referencia a cada una de las entidades dotadas de autonomía, que forman parte de la federación —la cual, por su parte, es el único “Estado” en el plano internacional—.

En fin, la palabra Estado designa a veces a cualquier forma de organización política conocida, mientras que en otras ocasiones se refiere a la forma histórica que surge con la Edad Moderna. Pero a este aspecto nos referimos con más detalle a continuación.

1.2. El Estado como concepto histórico

Allí donde ha existido una comunidad, siempre ha habido alguna forma más o menos organizada de poder, ejercido sobre la población de esa comunidad, que habitualmente ocupa un determinado territorio. Pero la forma de organización y manifestación de ese poder sobre esa población y territorio ha sido muy diferente en los diversos momentos históricos o espacios geográficos. A pesar de ello, a veces se emplea el término Estado en un sentido muy amplio para referirse a cualquier forma de organización política conocida históricamente, y así se habla a veces del “Estado helenístico”, del “Estado romano” o incluso del “Estado feudal”, por ejemplo. Pero este sentido es demasiado genérico y ambiguo, e incluye formas de organización cuyas características son claramente diferentes. Y sobre todo, parece ocultar las características propias que hacen que el Estado, en sentido moderno, constituya una forma de organización política específica y novedosa respecto a las conocidas anteriormente.

Por ello, resulta preferible la utilización del término Estado en un sentido más estricto para referirse a una forma concreta de organización política que en ocasiones, para distinguirla de otras anteriores, suele denominarse “Estado moderno”. Así puede definirse el Estado como la concreta e histórica forma de organización política de la población sobre un territorio, que surge en la Edad Moderna en Europa y se extiende y desarrolla posteriormente. Con este significado se destaca el carácter indudablemente histórico del Estado, que se configura así como un fenómeno que nace en un momento dado, evoluciona, y tal vez en algún momento sea sustituido por otra entidad política diferente. Aunque, desde luego, ninguno de estos cambios suele producirse de forma súbita, sino que más bien son fruto de un conjunto de factores que requieren un cierto desarrollo temporal. En cualquier caso, su origen suele situarse —con los antecedentes y los factores causales que pueden encontrarse en la Baja Edad Media— en el Renacimiento, y desde entonces sufre modificaciones muy significativas fruto de su evolución secular, entre las cuales hay que destacar las producidas como consecuencia de las revoluciones francesa y estadounidense, que dan origen a lo que podemos denominar “Estado constitucional” o Estado contemporáneo. Pero

puede considerarse que el Estado como entidad histórica surgida en la Edad Moderna se mantiene, con las alteraciones sufridas en la Edad Contemporánea, hasta nuestros días, si bien desde hace ya tiempo empieza a vislumbrarse la crisis de algunos de sus elementos considerados en otro momento esenciales. Y es que, como toda forma histórica, nació, se desarrolló y seguramente en algún momento le llegue su fin.

1.3. Los elementos del Estado

En otras lecciones se han analizado las formas de organización política desde la perspectiva histórica, desde las formas preestatales al Estado moderno, y posteriormente al Estado constitucional. Ahora corresponde centrarse en el análisis de los elementos del Estado, considerando a este en su sentido concreto e histórico, como la organización política que surge en la Edad Moderna.

Es tradicional distinguir tres elementos en el Estado: el poder, la población y el territorio. Y, sin duda, en la propia definición antes apuntada están presentes todos ellos, ya que el Estado es la organización de un poder político que se ejerce sobre una población en un territorio determinado. Pero en realidad estos elementos están de algún modo presentes en toda forma de organización política, de manera que esta idea parece aplicable al concepto amplio de Estado al que antes nos referíamos. Sin embargo, el Estado en sentido estricto —el Estado moderno— posee unos perfiles específicos que lo diferencian netamente de las anteriores formas de organización política. Se trata, por tanto, de buscar la característica especial que permite singularizar los tres elementos mencionados en el Estado moderno.

En esta línea, Pérez Royo ha apuntado que esta especialidad radica en el principio de igualdad, de modo que el Estado sería la expresión de un principio de igualdad geográficamente limitado. Así puede explicar el monopolio del poder legítimo, ya que la igualdad exige, o bien la ausencia de poder, o bien que todos estén sometidos a un mismo y único poder; así como el concepto de población, reconducido a la idea de ciudadanía, que es una expresión limitada de la igualdad, e incluso la propia idea “moderna” de territorio —y de “frontera”— como consecuencia de la

objetivación del poder que impide la patrimonialización privada de este soporte físico.

Esta forma de aproximación a los elementos del Estado presupone la identificación del Estado con el Estado constitucional; pero apunta una característica esencial para entender la singularidad del Estado como entidad política dominante en los últimos cinco siglos. No obstante, para una comprensión global de la peculiar forma de organización política que es el Estado, convendría añadir la idea de unidad, predicable de cada uno de los tres elementos ya referidos, así como de la relación entre ellos. Porque siempre ha existido poder político, pero en el Estado moderno este se presenta como único, frente a la multiplicidad y dispersión de poderes del feudalismo y como un poder autónomo, separado del poder religioso de la Iglesia y separado de la moral desde Maquiavelo. Y siempre ha habido territorio, pero es la unidad territorial la que permite dar a este término su sentido moderno, y la coexistencia de distintos Estados soberanos, la que da sentido al término “frontera”. Por lo demás, la consideración unitaria de la población, además de vincularse con la idea de igualdad antes apuntada permite considerar a esta como elemento del propio Estado y no como objeto del mismo. Por último, es la unidad de los tres elementos citados la que permite hablar de Estado como conjunto o idea unitaria, aunque compleja.

Podría objetarse a esta idea que en el Estado contemporáneo —y muy particularmente en los Estados federales— la idea de unidad de poder se debilita. Y ciertamente puede admitirse que la idea de unidad se aproxima tal vez más al Estado de la Edad Moderna, y la de igualdad al Estado contemporáneo. Pero nada de ello es obstáculo para mantener que los conceptos esenciales que sustentaron el Estado moderno siguen aplicándose en el Estado constitucional, sin perjuicio de su adaptación —a este aspecto nos referiremos un poco más adelante, en relación con la soberanía—, porque sin la idea de poder, territorio y población unitarios no puede entenderse el Estado como entidad igualmente unitaria, aunque compleja, ni sus relaciones con otros sujetos, particularmente en el plano internacional.

Igualdad y unidad son, pues, los principios que singularizan los elementos “poder”, “población” y “territorio” en el Estado,

en relación con otras formas históricas de organización política. Procede ahora analizar con más detalle las características de estos tres elementos.

2. ESTADO Y PODER. EL CONCEPTO DE SOBERANÍA

2.1. El poder del Estado como poder objetivo y racionalizado

En un sentido preciso, puede entenderse por poder la capacidad de modificar la conducta o la voluntad ajena recurriendo, si es necesario, a la coacción física o psicológica —en un sentido más amplio, pero menos útil a nuestro propósito, poder sería cualquier capacidad de influir en el comportamiento ajeno—. Los fenómenos de poder son amplios en una sociedad; entre ellos nos interesa el poder político, que en un sentido muy amplio sería el que corresponde a la autoridad que gobierna una sociedad.

Sin embargo, es necesaria una idea más concreta y precisa del poder del Estado, porque como ya se ha apuntado, siempre han existido fenómenos de poder y, en particular, siempre ha existido poder político en el sentido visto. Pero el poder del Estado en sentido estricto posee una serie de características esenciales que interesa destacar. En primer lugar, ya se ha apuntado la idea de unidad e independencia de otros poderes. En efecto, el poder estatal surge como poder único frente a la desconcentración de poderes del feudalismo y se independiza del poder de la Iglesia, siendo también distinto al poder económico y a otros poderes sociales. De esta misma nota deriva su superioridad —ya que se impone a todos los demás poderes— y su globalidad pues es aplicable a la totalidad de la sociedad, de forma que toda la población del Estado está sometida al poder político, único total y legítimo. Porque, en efecto, el poder político del Estado puede contar con diversos medios para imponerse, pero la idea esencial predicable del mismo —hasta el punto de que es la que suele utilizarse en su propia definición— es la de que se trata del único poder con posibilidad legítima de emplear la coacción, esto es, posee el monopolio del uso legítimo de la fuerza. Ningún otro poder puede emplear la fuerza para imponerse, o al menos no está legitimado

para hacerlo. Por todos estos motivos se dice que el poder del Estado es un poder soberano, como se verá.

Todo lo cual nos remite al problema de la legitimidad del poder político. Esta pregunta surge precisamente cuando existe el Estado en sentido estricto, ya que antes el poder político se aceptaba como un fenómeno evidente y natural. Pero con el nacimiento de los Estados modernos resulta necesaria la justificación del poder. Inicialmente se acudiría a la teoría del derecho divino de los reyes, pero más adelante se recurrirá a teorías más racionales, como la del contrato social, que si bien permitieron en su momento justificar la monarquía absoluta (Hobbes), irán desembocando en la idea de respeto a los derechos individuales y soberanía del Parlamento (Locke), y después de soberanía popular (Rousseau), lo que finalmente implica una legitimación democrática del poder.

En todo caso, interesa destacar que en el Estado existe la necesidad de justificar la obediencia al poder que se considera legítimo. Porque, en efecto, el poder político del Estado no es ya, como el poder propio de formas políticas anteriores, un poder basado en relaciones de carácter privado, un poder personalista que patrimonializaba un territorio y que se imponía a las personas con base en pactos o lealtades. Incluso en la etapa inicial del Estado moderno, dominada por las monarquías absolutas, el poder político inicia su objetivación y racionalización, ya que es preciso justificar ese poder. Se trata de un poder objetivo que se impone de forma global e igualitaria a todos los ciudadanos, y el territorio del Estado no puede considerarse patrimonio privado del monarca. Pero es, desde luego, en el Estado constitucional cuando la objetivación y racionalización del poder alcanza su máximo nivel, ya que su origen comienza a ubicarse en la comunidad. Y el poder encuentra límites en determinados valores que se consideran previos a cualquier pacto social. Podrá hablarse ya de Estado de derecho, porque el poder no solo es fuente material del derecho, sino que está sometido a él. El derecho será, a la vez, manifestación de esa objetivación y racionalización del poder, y límite al mismo. En fin, puede decirse que el poder del Estado es, más que el de cualquier forma de organización política anterior, un poder racionalizado.

2.2. El concepto clásico de soberanía y su evolución

Se dice que el poder del Estado es un poder soberano. Con este adjetivo se trata de sintetizar las notas que permiten distinguir el poder estatal de cualquier otro tipo de poder, de manera que la soberanía vendría a ser el poder del Estado, entendido este en sentido estricto. Pero en todo caso conviene detenerse algo en los orígenes doctrinales de este concepto, en su evolución y utilidad actual.

El concepto de soberanía se consagra en la obra de Bodin *Los seis libros de la República* (1575), definida como “*summa in cives ac subditos legisbusque soluta potestas*”. Surge, por tanto, este concepto en el contexto histórico de las monarquías absolutas, y trata de explicar las características del poder político en los orígenes del Estado moderno. Por ello, Bodin considera que la soberanía es un poder supremo, absoluto e ilimitado —no está sometido a las leyes ni siquiera a las propias, excepto a la leyes divina y natural y a “ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos”—, y perpetuo —se ejerce por toda la vida de quien tiene el poder—. El mismo autor apunta también los atributos que corresponden al príncipe soberano, y que son: el poder de legislar; declarar la guerra y negociar la paz; designar a los oficiales principales del Estado; ejercer el derecho de última instancia (*i. e.*, impartir justicia); ejercer el derecho de gracia; acuñar moneda; determinar los pesos y medidas; gravar a los súbditos con contribuciones e impuestos.

De este modo, en su concepción original, la soberanía se configura como un poder que no depende de ningún otro y, al contrario, los demás son secundarios respecto al poder soberano —que es el originario—; que se impone a todos lo demás —es supremo y absoluto—; que no puede coexistir con otro poder soberano en el mismo Estado —es único—, ni se puede fraccionar —es indivisible—, ni transmitir o enajenar —es intransmisible—, ni suprimirse o desaparecer en tanto exista el Estado —es imprescriptible—.

Con las revoluciones de finales del siglo XVIII desaparece desde luego la idea de un poder absoluto e ilimitado en manos del príncipe, al tiempo que triunfa la idea de separación de poder.

res, y el núcleo del poder político se comparte entre monarca y Parlamento o recae finalmente en este último. Ello provoca que la nota de indivisibilidad del poder soberano se difumine, ya que no hay que olvidar que el concepto originario de soberanía surge en un contexto de concentración de poderes en el monarca, y durante buena parte de la Edad Contemporánea se entiende que la soberanía se comparte entre el rey y el Parlamento. Sin embargo, los elementos esenciales de la idea de soberanía siguen siendo aplicables para explicar el poder en el Estado contemporáneo: se produce, como veremos, un cambio en la titularidad de la soberanía que no recae ya en un solo sujeto, pero sigue existiendo esta como poder absoluto y global del Estado, caracterizado por las restantes notas ya apuntadas, y que no encuentra ningún poder superior y solo reconoce como iguales a los poderes de otros Estados.

Por otro lado, en la Edad Contemporánea se extienden también formas de descentralización del poder político y, en particular, el Estado federal, que implica en definitiva un reparto del poder entre la federación y los estados miembros. Esta forma de organización supone, por tanto, una multiplicación de los centros de poder e incide de forma notoria en la desaparición de la idea de “indivisibilidad” del poder soberano, al menos tal y como se entendía originariamente. Incluso desde la perspectiva histórica la existencia de la propia federación aparece muchas veces como “derivada” respecto a los estados que la componen. Sin embargo, todo ello no impide que, una vez constituido un Estado federal, se mantiene la idea de unidad del poder, de tal manera que el “Estado” estaría compuesto por el complejo de poderes central y federados y, desde el punto de vista internacional, solo puede reconocerse un Estado. Se conserva así el principio de soberanía y se sigue entendiendo que esta implica un poder originario, absoluto y único, aunque complejo en su distribución interna.

Son otra serie de factores, que se producen ya avanzado el siglo xx, los que obligan a revisar de forma mucho más profunda el concepto de soberanía. Estos elementos proceden sobre todo del marco exterior: el marco de las relaciones internacionales ha variado mucho desde el surgimiento de los primeros Estados modernos y comienzan a surgir organizaciones internacionales, tanto de ámbito universal —en el que hay que destacar muy es-

pecialmente a la ONU— como de ámbito regional, sobre todo en Europa, América y África. A lo que hay que añadir otros factores cada vez más intensos de globalización cultural, social y económica, que condicionan o limitan de alguna manera el poder de los Estados, que hasta entonces se había considerado absoluto y prácticamente ilimitado. Pero la intensidad de esta afectación al poder estatal es muy distinta en cada caso; y así, por ejemplo, en el ámbito universal, y al menos hasta tiempos recientes, la pertenencia a la ONU no ha supuesto condicionamientos demasiado graves a la soberanía de los Estados miembros. En el ámbito regional existen procesos de integración mucho más fuertes y entre todos ellos hay que destacar muy especialmente el de la Unión Europea. En efecto, la integración de los países miembros es un proceso lento, muchas veces parcialmente aplazado, pero que aparece ya como algo prácticamente imparable. Se trata de un proceso dinámico que, desde el punto de vista de la soberanía, no es fácil valorar al día de hoy; pero creo que en el momento presente ya no puede afirmarse, respecto a los Estados miembros de la Unión Europea, que su soberanía sea absoluta, y ni siquiera suprema, puesto que todos ellos reconocen el principio de supremacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento de cada Estado miembro —aunque la aplicación de este principio presente aún dificultades internas en algunos casos—. De manera que, al menos en nuestro ámbito geográfico, el poder soberano no es ilimitado, no es absoluto, no es indivisible y no es supremo. Formalmente se mantiene la idea de que cada Estado cuenta con una soberanía única, aunque ya hemos apuntado que esta se desglosa en un complejo entramado de poderes. Quizás la nota del poder soberano que mejor puede predicarse todavía es la que lo configura como un poder originario respecto a los demás poderes, ya que incluso en los procesos de integración más avanzados, los Estados miembros no solo son el origen de todo el proceso, sino que además tienen, al día de hoy, la facultad real de impulsarlo al ritmo que crean conveniente, de elegir el momento para dar el paso de la integración definitiva, de la federación europea, o bien de no hacerlo. Además de la posibilidad de cada Estado de abandonar el proceso y “recuperar” la “soberanía incondicionada” o plena —aunque quizá esta opción sea más teórica que realmente factible—.

En suma, la idea originaria de soberanía ha tenido que sufrir profundas revisiones para tratar de adaptarse a la realidad actual. La crisis de este concepto es la propia crisis del Estado, cuyo final, como forma de organización política histórica, ya se vislumbra desde hace tiempo y, sin embargo, parece que está todavía lejos de llegar. Entre tanto, el concepto de soberanía, adecuado a las actuales organizaciones internas de los Estados, a los procesos de integración y al marco internacional, sigue teniendo hoy utilidad y nos ayuda a señalar dónde reside todavía, hasta hoy, el poder que realmente decide sobre la nueva ordenación del mundo y sobre la integración de nuestro continente.

2.3. La titularidad de la soberanía

Como antes se indicó, el concepto clásico de soberanía se estableció para explicar el poder absoluto del príncipe en la época de las monarquías absolutas. Sin embargo, con el Estado constitucional el poder comienza a compartirse y no queda ya monopolizado por el monarca. Este proceso histórico y su significado político ya han sido objeto de tratamiento en las lecciones correspondientes. Ahora solo interesa apuntar que los mismos implican un cambio en la idea de soberanía o, más precisamente, en la forma de explicar la titularidad de esa soberanía. Así, con el fin de la soberanía del monarca se pasa a la soberanía nacional y más tarde a la soberanía popular.

En efecto, en los debates doctrinales y constituyentes producidos durante la Revolución francesa está presente la tensión entre las ideas de soberanía nacional —defendida básicamente por Sièyes— y soberanía popular —idea que encontró en Rousseau a su mejor teórico—. Triunfaría entonces la idea de soberanía nacional, y prácticamente durante todo el siglo XIX estuvo vigente. Según esta idea, la soberanía pertenece a la nación, pero esta se considera un ente abstracto que no coincide con el pueblo. La personificación de la idea de nación puede encontrarse en el Parlamento; por ello es en este, y no en el pueblo, donde se reside directamente la soberanía. La representación resulta así necesaria, e incluso se admite la restricción del sufragio, que llegará a justificarse por razones económicas y políticas, considerando

que solo quienes contribuyen económicamente al sostenimiento del Estado, a partir de cierto nivel, tendrán derecho a elegir a los representantes que expresarán la voluntad estatal. De este modo, el sufragio censitario es producto de la idea de soberanía nacional, tal y como esta se entiende a lo largo de todo el siglo XIX.

En cambio, la idea de soberanía popular implica, obviamente, que el poder soberano lo tiene directamente el pueblo. En la concepción originaria y radical de Rousseau, esto impide la representación política, ya que la soberanía del pueblo es indelegable, de manera que “desde el momento en que un pueblo nombra representantes ya no es libre, ya no existe”. Ciertamente, en un sentido estricto la soberanía del pueblo requeriría que el poder de decisión política recayera directamente en él. Pero en las sociedades actuales esta idea resulta prácticamente irrealizable. Por ello, hoy suele admitirse que la representación es compatible con la idea de soberanía popular, y se entiende que esta existe en el momento en que los representantes son elegidos por todo el pueblo mediante sufragio universal. En un sistema basado en el principio de soberanía popular, el Parlamento ya no será el titular de la soberanía, sino su representante. Ello sin perjuicio de la existencia de instrumentos y mecanismos de democracia directa y semidirecta —referéndum, iniciativa popular, consejo abierto...— que suelen existir en la mayoría de los sistemas democráticos actuales y que permiten al pueblo participar directamente en la adopción de determinadas normas o decisiones políticas, haciendo más próxima la idea de soberanía del pueblo.

La Constitución española se refiere a la soberanía en su artículo 1.2, al afirmar que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Algunos autores han destacado la aparente contradicción que resulta de la referencia a la “soberanía nacional”, que sin embargo reside en el pueblo. En realidad, este precepto debe interpretarse como una inequívoca proclamación de la soberanía popular, si bien la referencia a la “soberanía nacional” se explica por el incuestionable “peso histórico” de la expresión, de forma que el precepto parece sintetizar la evolución histórica que antes hemos descrito sucintamente, si bien acogiendo el “punto de llegada” de la misma. La expresión “soberanía nacional” y la posterior

referencia al “pueblo español” dan idea también de la imposibilidad de fragmentar territorialmente el poder soberano.

3. LA POBLACIÓN DEL ESTADO. CIUDADANÍA, ESTADO Y NACIÓN

3.1. Concepto y evolución histórica de la población del Estado

Todas las formas de organización política conocidas implican el ejercicio del poder sobre una población determinada. Pero solo con el surgimiento del Estado esta población deja de ser meramente la suma de los individuos sobre los que recae el poder, para comenzar a ser un elemento constitutivo del propio Estado. La población es el elemento humano del Estado. Y puede ser objeto de una consideración en cierto modo igualitaria, en la medida en que toda la población está de igual modo sometida a idéntico poder, desapareciendo la estructura feudal piramidal basada en distintos niveles de fidelidad y obediencia. Y no es simplemente una suma de individuos, sino un “pueblo”, una comunidad que puede ser objeto de consideración unitaria. Los Estados modernos se configuran en su mayor parte como Estados nacionales, en cuya base se encuentra una comunidad política que suele compartir factores históricos, culturales o lingüísticos.

Pero el concepto de población como elemento del Estado sufre una modificación radical con el surgimiento del Estado contemporáneo, cuyo origen podemos encontrar en la Revolución francesa. Hasta entonces, el nexo de unión de la población radicaba en la sumisión al único poder, que en la Edad Moderna era el poder real; el pueblo podía ser elemento del Estado, pero no participaba en el ejercicio del poder. Sin embargo, desde el inicio del Estado constitucional da comienzo un proceso en el que el pueblo pasará a ser el sujeto del poder estatal, el titular de la soberanía. Las declaraciones de derechos con las que se inicia la Edad Contemporánea y las primeras constituciones escritas reflejan esta idea, en tanto que aluden al pueblo o a la nación como titulares del poder constituyente. El individuo miembro de esa población pasa de ser súbdito a ciudadano.

3.2. Población y ciudadanía

El concepto de ciudadanía es, por tanto, esencial para entender la población como elemento del Estado contemporáneo. La pertenencia a la comunidad, que forma parte del Estado, implica una serie de deberes y derechos, ya que solo los ciudadanos pueden participar en la formación de la voluntad estatal; por ello es importante establecer criterios que permitan delimitar al “nacional”, esto es, al ciudadano de un Estado, del que no lo es. Desde luego, ya las primeras declaraciones de derechos consideraban algunos de ellos predicables del “hombre”; y sobre todo, la evolución del Estado constitucional ha implicado la extensión y universalización de muchos de los derechos constitucionales, de forma que hoy en día buena parte de ellos son predicables de la “persona”, con independencia de que sea o no “ciudadano”. Pero aun así, sigue resultando esencial la determinación de la condición de ciudadano, ya que los derechos de participación política y parte de los deberes constitucionales siguen en general predicándose exclusivamente para los nacionales.

Y las constituciones contemporáneas suelen dedicar alguno de sus preceptos a esta cuestión. Así, la Constitución española de 1978 dedica el capítulo primero del título I a la delimitación de nacionales y extranjeros en cuanto a sus derechos y deberes; y si bien el artículo 11.1 se remite a la ley para la regulación de la adquisición y pérdida de la nacionalidad española, la propia Constitución establece unos criterios mínimos; por lo demás, el artículo 13 impone algunas diferencias entre españoles y extranjeros respecto a los derechos de participación política, permitiendo solo la equiparación en ciertos supuestos, en cuanto al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Ciertamente, la pertenencia de España a la Unión Europea y la correspondiente asunción del concepto de “ciudadanía europea” recogido en los tratados (arts. 17 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea) como condición para la titularidad de ciertos derechos, han contribuido a reducir las diferencias entre nacionales españoles y comunitarios en cuanto a la titularidad de derechos y deberes, lo que no es sino otro factor que pone de manifiesto la necesidad de revisar algunos elementos “clásicos” del Estado. Pero en todo caso, ninguno de estos factores ha conseguido hacer desaparecer

las importantes consecuencias que aún derivan de la condición de nacional.

3.3. Estado, pueblo y nación

El concepto de población del Estado, tal y como lo he venido definiendo, posee una clara relación con la idea de “nación”. Líneas arriba apuntaba que los Estados modernos aparecen como Estados nacionales fundados sobre comunidades con cierta historia común. Y la idea de nación existe ya durante la época de las monarquías absolutas, aunque la comunidad humana no aparece como titular del poder político. Sin embargo, la idea contemporánea de nación aparece después: ya he hablado de la nación como titular de la soberanía, concepto que aparece por ejemplo en Sièyes. Y será sobre todo en el siglo XIX, con el auge del Romanticismo, cuando la idea de “nación” cobre fuerza como comunidad unida por factores étnicos, religiosos, culturales o lingüísticos, y que posee voluntad propia. El “principio de las nacionalidades” está presente en esta época en acontecimientos como la unificación alemana o la italiana, así como en el auge de ciertas culturas, lenguas y literaturas “nacionales” como en España: la catalana, gallega o vasca.

Por ello interesa precisar el concepto de nación y sus relaciones con el de población como elemento del Estado, teniendo en cuenta además que la idea de nación está presente hoy en muchos textos constitucionales. Sin duda, el término nación hace referencia a una comunidad humana que posee una serie de rasgos comunes. Entre estas características propias puede encontrarse la etnia, la religión —aunque en las sociedades actuales la uniformidad de raza o creencias es cada vez menos usual—, la historia, la cultura o el idioma. Sin embargo, limitarse a la constatación de estas características comunes para definir la nación supone acoger un concepto estático que plantea serios problemas en los Estados contemporáneos. Como ha destacado, por ejemplo, López Guerra, es altamente cuestionable la identificación entre “comunidad política” y “comunidad cultural”, ya que el reconocimiento de una entidad nacional se produce hoy en Estados con una clara diversidad cultural —cada vez mayor, debido a los mo-

vimientos migratorios—, y además, la historia ha puesto de manifiesto los peligros de una identificación jurídica entre nación y grupo étnico-cultural, por lo que ello puede implicar división de la población del Estado y discriminación o postergación de la parte de esa población que no posee esas características culturales comunes. De ahí que el concepto de nación útil al derecho constitucional sea un concepto político —o jurídico-político— que incluye el elemento volitivo: la nación es una comunidad que puede poseer más o menos rasgos culturales comunes, pero lo decisivo es que esa comunidad posee conciencia de tal y quiere configurarse y mantenerse como comunidad política de cara al futuro, normalmente constituyendo un Estado. Esa voluntad, que puede expresarse mediante la convivencia política de esa comunidad, también puede manifestarse expresamente en un momento concreto, como es el del pacto constituyente.

Con todo, las consideraciones anteriores tampoco permiten prescindir por completo del elemento histórico y cultural a la hora de definir la nación. Por ello creo que una definición adecuada de nación debe incluir ambos elementos. Puede entenderse así que nación es la comunidad humana que posee ciertos rasgos culturales comunes, y que tiene conciencia y voluntad de mantenerse como grupo humano. Partiendo de esta idea, puede afirmarse que la nación coincide muchas veces con la población de un Estado concreto, pero ello no sucede siempre: hay naciones divididas en varios Estados (p. ej., Alemania entre 1949 y 1990), Estados que engloban varias naciones —la antigua Unión Soviética, e incluso la actual Rusia o Yugoslavia— y, en general, Estados cuyos límites no coinciden con la división cultural o étnica de los grupos humanos que los componen —así ha sucedido con demasiada frecuencia en la independencia de los nuevos Estados africanos—.

3.4. La nación en la Constitución española

Sin negar la relevancia del concepto histórico-sociológico de nación, es necesario destacar que al derecho constitucional le interesa sobre todo el concepto jurídico. La norma fundamental es obra del poder constituyente y expresa el acuerdo o pacto de

la población en el momento de constituir el Estado. De ahí la especial relevancia de la idea de nación que se refleja en el texto constitucional.

En la Constitución española, el propio preámbulo se inicia con una mención de la nación española, que es la que proclama su voluntad. En consecuencia, y como indica el último inciso del preámbulo, es el pueblo español el que ratifica la norma fundamental. La población del Estado se concibe así de un modo unitario, sin que quepa su fragmentación. Como ha destacado Solozábal Echavarría, esta visión homogénea —aunque no monolítica— del pueblo español conlleva la imposibilidad de que el poder constituyente pueda atribuirse a una fracción del mismo y, por tanto, la exclusión de cualquier pretensión de autodeterminación dentro del actual sistema constitucional español. Esta visión unitaria se confirma además en el artículo 1.2, que atribuye la soberanía nacional al pueblo español, lo que implica su indivisibilidad a estos efectos. Y, sobre todo, es necesario destacar el artículo 2, que proclama que “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles [...]”. Por todo ello puede afirmarse que, desde la perspectiva constitucional, España es una nación única e indivisible, y el pueblo español debe considerarse de forma unitaria a efectos del ejercicio del poder constituyente. Esta unidad es, según el artículo 2, fundamento del propio orden constitucional.

Sin embargo, esta proclamación de la unidad de la nación no es óbice para el reconocimiento incuestionable de la pluralidad que la misma encierra. El mismo preámbulo constitucional expresa la voluntad de la nación de “[p]roteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”, lo que supone el reconocimiento de una diversidad de pueblos dentro de la nación española. Y en la misma línea es muy significativo el artículo 2, que tras la referida proclamación de la unidad, añade el reconocimiento y garantía del “derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. De esta manera, la Constitución reconoce, dentro de la unidad de la única nación del Estado, la existencia de diversas regiones y nacionalidades. Este último término, cuyo sentido no

precisa el texto constitucional, debe entenderse como un reconocimiento a las peculiaridades culturales, históricas y lingüísticas de ciertas comunidades. En esta línea, puede afirmarse que constitucionalmente se reconoce la existencia de diversas comunidades culturales y lingüísticas dentro de la nación española. De tal forma que la única nación existente está integrada no solo por regiones, sino también por nacionalidades. Si bien la norma fundamental no vuelve a utilizar este término, ni especifica cuáles son esas nacionalidades ni las consecuencias jurídicas de esa mención, sí contiene varios preceptos que implican el reconocimiento de diversos aspectos de esa singularidad de algunos territorios. Así, el artículo 3 reconoce la diversidad lingüística española y la considera patrimonio cultural objeto de especial respeto y protección; el artículo 149.1.8 reconoce la existencia de derechos civiles forales o especiales y permite a las comunidades autónomas que los posean su conservación, modificación y desarrollo; y la Disposición Adicional Primera establece que la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales, cuya actualización se llevará a cabo en el marco de la Constitución y los Estatutos.

Unidad y pluralidad son, de este modo, los rasgos constitucionales distintivos de la única nación española.

4. EL TERRITORIO DEL ESTADO

4.1. Concepto de territorio. Territorio y Estado

Al igual que sucede con los restantes elementos del Estado, también podemos decir que el territorio ha estado presente en todas las formas de organización política, ya que constituye un objeto o soporte imprescindible para el ejercicio del poder. Sin embargo, en el Estado moderno la configuración del territorio es diferente. En efecto, anteriormente el territorio se consideraba simplemente como el objeto sobre el que recae el poder, y la relación del poder con el territorio es una relación de propiedad, de alguna manera similar a la que existe en el derecho privado. Basta recordar la facilidad y la frecuencia con la que algunos

reyes, en la Edad Media, dividían el territorio de sus dominios, repartiéndolo a su muerte entre sus hijos o herederos. Sin embargo, con el proceso de despersonalización y objetivación del poder que se produce en el Estado moderno, el territorio pasa a ser un elemento esencial, hasta el punto de poder considerarse definitorio o constitutivo de la propia realidad estatal. Y su delimitación resulta esencial, ya que el poder estatal no se ejerce por criterios basados en fidelidades personales, sino que recae automáticamente sobre todo el que se sitúa en un determinado ámbito territorial. Del poder de base personal se pasa al poder de base territorial. La coexistencia de varios Estados recalca la necesidad de esa delimitación de los territorios y, de hecho, el concepto moderno de “frontera” viene unido al de Estado.

Con todo, esta configuración propia del concepto de territorio en el Estado no ha impedido la existencia de diversas teorías a la hora de explicar jurídicamente la relación del Estado con su territorio, de tal manera que pueden encontrarse diversas explicaciones:

- a) En primer lugar, encontramos las teorías según las cuales el territorio es un mero objeto sobre el que recae el poder del Estado, y sobre el que este posee un derecho equivalente a la propiedad. Indudablemente, estas teorías encuentran su raíz en concepciones preestatales propias del feudalismo, pero han sido actualizadas dentro del Estado, configurando el dominio de este como un derecho especial de carácter público. Ciertamente, el Estado es propietario directo de parte del territorio y ejerce otra serie de facultades de dominio —uso y disposición— sobre otras parcelas del mismo; e incluso esta perspectiva puede resultar útil para entender ciertas posibilidades de actuación del Estado en su relación con otros Estados, pero no parece la teoría más adecuada para explicar globalmente el territorio del Estado.
- b) Desde otra perspectiva, el territorio no se configura como objeto, sino como elemento constitutivo del Estado, es decir, como parte integrante del mismo. En esta línea, algunas teorías apuntan que el derecho del Estado sobre el territorio es equivalente al que posee una persona sobre su cuerpo. Otros autores, como Jellinek, de-

fienden que el Estado no ejerce un dominio directo sobre el territorio, sino un *imperium* sobre las personas que se encuentran en el mismo. Con independencia del mayor o menor acierto de estas explicaciones y de sus consecuencias, sí parece conveniente destacar que el territorio es un elemento que forma parte de la realidad global que es el Estado.

- c) En fin, desde otra perspectiva el territorio es considerado como el ámbito en el cual está vigente el derecho, como ámbito espacial de validez de un ordenamiento. Esta idea, formulada por Kelsen, trata de superar la alternativa entre relación real o personal, y es correcta en la medida en que el territorio constituye el espacio que resulta necesario para la delimitación del ámbito espacial de validez del derecho. Pero no parece que pueda explicar globalmente la relación del Estado con su territorio. Incluso considerado simplemente como un ámbito, el territorio no sería solo el ámbito de validez del derecho, sino también el ámbito en el que puede ejercerse el poder del Estado, la condición necesaria para el ejercicio de la autoridad.

De manera que todas las teorías expuestas tienen utilidad para explicar el territorio del Estado desde diversas perspectivas. Pero otra cosa es la explicación global del territorio y su relación con el Estado. En este sentido, y sin necesidad de suscribir una teoría concreta entre las que acabamos de esbozar someramente, sí es importante destacar que el territorio es una parte integrante de la realidad global del Estado, soporte necesario para el ejercicio del poder y la vigencia del derecho y, en definitiva, puede considerarse un elemento esencial del propio Estado.

4.2. La delimitación del territorio

La definición concreta del territorio de un Estado precisa de ciertos criterios para su delimitación, esto es, para determinar cuáles son los ámbitos geográficos que se engloban en el mismo. Esta cuestión posee particular interés en las relaciones entre Estados, y de ahí que con frecuencia sean normas de derecho internacional público, y en particular convenios bilaterales o multilaterales,

los que precisan la delimitación de los territorios. No es tan frecuente que dicha delimitación aparezca en los textos constitucionales de los Estados, salvo en aquellos supuestos en los que han existido dudas o conflictos territoriales previos. Con todo, la legislación interna de cada Estado puede también precisar aspectos relativos a sus límites territoriales, aunque hay que tener en cuenta que esta normativa no será exigible a terceros Estados y, en definitiva, será eficaz en la medida en que realmente ese Estado ejerza soberanía sobre el territorio.

En cualquier caso, de la normativa internacional (entre la que hay que destacar, además del propio derecho consuetudinario, las Convenciones de Ginebra de 1958 y, para algunos Estados, la posterior Convención sobre el Derecho del Mar de 1982) deriva que el territorio del Estado no está compuesto solo por lo que podríamos denominar “tierra firme” o territorio en sentido estricto. A este hay que añadir:

- a) El mar territorial, o espacio de mar adyacente a las costas, cuya longitud desde la línea de costa suele situarse hoy en las doce millas náuticas, espacio en el que se incluiría el subsuelo, el lecho, el agua del mar y el espacio aéreo subyacente.
- b) Las aguas interiores. Desde luego, los ríos, lagos o lagunas íntegramente comprendidos en el territorio de un Estado forman parte de este. Pero desde la perspectiva internacional se entiende que las “aguas interiores” están constituidas por la parte de mar comprendida entre la línea natural de costa en bajamar y la línea del límite interior del mar territorial; hay que tener en cuenta que si bien estas dos líneas coinciden habitualmente, la existencia de ciertos accidentes geográficos —como arrecifes, bahías, puertos, islas que formen una franja— permiten trazar líneas rectas como inicio del mar territorial, más allá de la línea de costa en sentido estricto.
- c) El espacio aéreo, es decir, la columna de aire existente sobre el territorio y el mar territorial.
- d) El subsuelo, ubicado bajo la superficie territorial.
- e) Las embajadas, buques y aeronaves de un Estado, a las cuales, con independencia de su ubicación geográfica, se les aplica el principio de extraterritorialidad.

Pero además, el Estado puede ejercer competencias sobre otros ámbitos físicos que, sin embargo, es difícil considerar territorio en sentido estricto. Así sucede, por ejemplo, respecto a la plataforma continental y la zona económica exclusiva. La plataforma continental es el lecho del mar y el subsuelo de las aguas submarinas más allá del mar territorial, hasta un límite que ha variado en las distintas convenciones sobre la materia (así, la de Ginebra de 1958 lo ubicaba en el punto en que la profundidad del mar alcanza los 200 metros o, más allá, hasta donde la profundidad del agua permita la explotación de los recursos naturales, mientras que la de 1982 permite extenderla hasta 200 millas, salvo que la plataforma geológicamente considerada sea aún mayor); la llamada “zona económica exclusiva” está constituida por la columna de agua de mar hasta las 200 millas náuticas. Y es que los Estados poseen sobre estos espacios derechos de explotación y contenido económico, pero no pueden ejercer las restantes facultades que conforman la soberanía, ya que para todos los demás efectos, estos espacios son internacionales. Incluso debe reconocerse que la soberanía estatal encuentra también ciertos límites, derivados de la normativa internacional, en otros ámbitos físicos como el espacio aéreo y las aguas territoriales; pero estimamos que en este caso, dichas limitaciones —que consisten básicamente en posibilidades de utilización para terceros— no impiden que sobre dichos espacios sea predicable la soberanía del Estado.

Por lo que se refiere a España, la Constitución no establece una definición precisa del territorio, probablemente porque dicho territorio aparecía ya claramente delimitado en sus líneas esenciales, tanto por el ejercicio efectivo de la soberanía como por tratados internacionales y otras normas internas. En efecto, la delimitación del territorio español ha venido precisada en diversos tratados, la mayoría bilaterales, respecto a Gibraltar —el tratado de Utrecht de 13 de julio de 1713, entre España e Inglaterra—, Francia, Andorra, Portugal y Marruecos. En cuanto a la normativa interna, es preciso mencionar, entre las normas que delimitan el territorio, la ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial, que establece su longitud en doce millas náuticas; la ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre zona económica, que acoge el criterio de las doscientas millas y establece las facultades del

Estado español en este espacio; o la ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea, que define el espacio aéreo español y establece su régimen jurídico.

4.3. Las formas de Estado según la organización territorial del poder

Un aspecto de mayor interés que afecta al territorio es el de su relación con el poder estatal o, dicho de otro modo, el de la distribución territorial del poder. En los primeros Estados modernos, la unidad del poder conlleva la centralización del mismo, de tal manera que estos Estados se configuran como unitarios. Es en la Edad Contemporánea cuando empiezan a encontrarse las actuales formas de Estado compuesto, con lo que ello implica para el concepto clásico de soberanía. Hoy puede encontrarse una variada tipología de formas de Estado desde la perspectiva de la distribución territorial del poder, a algunas de las cuales nos referiremos un poco más adelante.

Pero antes hay que recalcar que para la delimitación de estas formas de Estado es muy conveniente utilizar un criterio gradual y seguir una perspectiva dinámica. En efecto, la distribución territorial del poder posee en cada Estado peculiaridades propias que obedecen a sus particulares circunstancias históricas o políticas; y aun dentro de cada Estado, su evolución histórica puede hacer variar su organización territorial en distintos momentos. De tal manera que entre las formas de Estado más conocidas pueden encontrarse matices peculiares que dan lugar a tipos intermedios, constituyendo una variada tipología que va desde el Estado unitario centralizado hasta el Estado federal —o, más allá, a las confederaciones, aunque estas son en realidad uniones de Estados y no formas de organizar un Estado—. Y para su comprensión es conveniente precisar, aunque sea en sus líneas generales, los diversos grados en los que puede producirse una distribución o descentralización del poder. En este sentido, y aunque las denominaciones no siempre son uniformes, puede distinguirse:

- a) En el grado mínimo de descentralización del poder encontraríamos la desconcentración administrativa, que implica la existencia de un único poder central, con un

único poder legislativo, ejecutivo y judicial, si bien existen, además de los órganos centrales, otros periféricos cuyo ámbito territorial de actuación es inferior, pero que se sitúan en una posición de subordinación jerárquica respecto a los órganos centrales, sin poseer autonomía.

- b) En segundo lugar encontramos la autonomía administrativa, que implica la existencia, junto al poder central, de otros órganos de ámbito territorial inferior y que no forman parte estrictamente de dicho poder central. Estos órganos gozan ya de un cierto grado de autonomía. Pero esta autonomía no implica el ejercicio de competencias legislativas y la consiguiente capacidad de decisión política, sino simplemente la facultad de ejecutar las legislación del poder central y la correspondiente capacidad de gestión administrativa. Y aunque no pueda negarse terminantemente que a la autonomía administrativa va unida una capacidad de adoptar decisiones de cierta trascendencia política, en ningún caso existe la potestad legislativa. De manera que estos entes autónomos son una administración distinta a la del poder central, pero no poseen órganos legislativos ni judiciales propios.
- c) La autonomía política, en cambio, se caracteriza por la existencia, junto al poder central, de otros poderes cuya autonomía implica —además de lo que supone la autonomía administrativa— la posibilidad de aprobar normas legislativas dentro de su ámbito competencial; estas leyes no son inferiores a las del poder central, aunque sí están sometidas a su Constitución. Esta autonomía conlleva por tanto, como mínimo, la existencia de un poder legislativo y un poder ejecutivo distintos a los centrales, y supone ya una clara capacidad de decisión política.
- d) Dentro de la autonomía política podemos encontrar un grado más de descentralización, que vendría constituido por lo que podemos denominar “autonomía constitucional” y que implica, además de las características ya apuntadas de la autonomía política, la capacidad de los entes autónomos de aprobar su propia Constitución. Ciertamente, esta Constitución estará sometida a la central, pero lo específico es que la misma viene aprobada por el propio órgano dotado de autonomía y no requiere la

acquiescencia de ningún órgano central. De esta forma, los poderes autónomos poseen, además de los poderes clásicos, un poder constituyente propio, aunque el mismo no implica soberanía porque aparece limitado por la Constitución central.

Por lo que se refiere al sistema español, el artículo 137 de la Constitución reconoce la autonomía de municipios, provincias y comunidades autónomas “para la gestión de sus respectivos intereses”. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta autonomía no es de la misma naturaleza para comunidades autónomas y entes locales, ya que aquellas gozan de autonomía política, mientras que las provincias y municipios poseen autonomía administrativa. El significado del principio de autonomía en la Constitución ha sido precisado por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, ya desde la temprana STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3.

4.3.1. El Estado unitario

De acuerdo con los criterios que se acaban de exponer, puede entenderse por Estado unitario aquel que posee un solo núcleo de decisión política, un solo centro de poder. De esta forma, solo existe un poder legislativo, un ejecutivo y un judicial, que son los centrales. En su forma más pura o simple, en un Estado unitario existirían solo órganos centrales. Pero esta configuración del poder es prácticamente irrealizable en la actualidad, salvo en Estados de extensión territorial enormemente reducida. Por ello, lo normal es que existan otros órganos de ámbito territorial inferior, tanto dentro de la administración central —órganos periféricos— como de administraciones diferentes dotadas de autonomía administrativa. Por tanto, y según la terminología de las formas de descentralización antes apuntada, seguimos hablando de Estado unitario aunque exista desconcentración administrativa o autonomía administrativa, pero no cuando existe autonomía política. De esta forma, cabría distinguir entre el Estado unitario simple y el Estado unitario descentralizado, en función de la existencia o no de órganos de ámbito territorial inferior dotados de cierta autonomía administrativa. Y, como puede suponerse,

en la práctica la mayoría de los Estados unitarios poseen un cierto grado de descentralización.

Como ya se ha apuntado, los primeros Estados modernos surgieron como Estados unitarios, ya que la centralización del poder resultaba conveniente para las monarquías absolutas. Pero ello no debe hacer pensar en una identificación necesaria entre Estado unitario y Estado autoritario o no democrático. Si bien es cierto que una cierta descentralización o autonomía política, al establecer centros de decisión política más próximos a los ciudadanos, contribuye a acercar la adopción de las decisiones a estos y puede facilitar su participación, no hay que olvidar que el carácter democrático de un régimen político se mide más por la forma de elección o Constitución de los poderes políticos que por el número de estos. En consecuencia, encontramos ejemplos como el de Francia, Estado unitario desde sus orígenes pero hoy incuestionablemente democrático; y en el extremo opuesto la antigua Unión Soviética, de estructura —al menos formalmente— federal, pero cuyo régimen político no se correspondía con el de una democracia.

4.3.2. El Estado compuesto

4.3.2.1. Características generales

En una primera y simple aproximación, podemos entender que Estado compuesto es aquel en el que existen varios poderes de decisión política. Cada uno de ellos cuenta con su estructura organizativa y capacidad normativa propias, de manera que tanto la organización como el ordenamiento son complejos.

Por ello cabe preguntarse dónde radica el poder soberano en un Estado compuesto. La respuesta a esta cuestión es compleja; en la práctica no cabe duda de que hay un reparto del poder político, que se traduce en una distribución de competencias entre el ente central y los autonómicos. Pero la soberanía es un concepto que acepta mal su división, de manera que formalmente existe un único poder soberano en los Estados compuestos. Con todo, ello no es un principio meramente teórico, sino que conlleva sus consecuencias: solo hay una persona jurídica y una representación

a nivel internacional; el conjunto de órganos se integran en un único Estado, aunque complejo, y lo mismo sucede con los ordenamientos, a los que dota de unidad el común sometimiento a la Constitución federal. Y la soberanía única así entendida conlleva la imposibilidad de secesión de las entidades que forman parte del Estado compuesto; pues en el momento en que se llevase a la práctica esa separación dejaríamos de hablar de un Estado compuesto, para apreciar una pluralidad de Estados.

Estas características permiten distinguir al Estado compuesto de las uniones de Estados, y particularmente de la confederación. Es cierto que existen ciertas relaciones entre confederación y Estado federal —que es, como veremos, el principal tipo de Estado compuesto—, sobre todo desde la perspectiva histórica, ya que los primeros Estados federales del mundo, Estados Unidos y Suiza, fueron antes confederaciones. Pero las diferencias conceptuales entre ambos tipos son claras: en la confederación existen tantas soberanías como Estados miembros, cada uno de los cuales puede separarse de la confederación si lo desea; a nivel internacional, cada Estado conserva su personalidad propia, aunque la confederación pueda asumir también su propia representación. En general, las relaciones entre los Estados miembros de una confederación se basan en el derecho internacional, mientras que las de los Estados que forman parte de una federación se fundamentan en el derecho constitucional, constituyendo así un asunto de “derecho interno” de la federación. Históricamente, las confederaciones de Estados no han gozado de estabilidad suficiente, configurándose como un paso previo hacia una mayor integración —federación— o hacia una separación total. De hecho, la confederación es más bien una forma histórica de unión de Estados que hoy parecía prácticamente superada, aunque varias características de la actual Unión Europea nos recuerdan a las de una clásica confederación que iniciase un proceso federalizante.

Podemos, por tanto, centrarnos en el Estado compuesto, cuya característica principal —además de la ya mencionada existencia de una única soberanía, con las consecuencias apuntadas— es la existencia de entes dotados de autonomía política. La autonomía así entendida se configura como el principio esencial del Estado compuesto. Y un segundo principio sería el de la participación, que supone que los entes autónomos participan en la configu-

ración de la voluntad estatal. Para hacer realidad este segundo principio suele establecerse una segunda Cámara legislativa dentro del poder central, que en lugar de al pueblo representa a los entes autónomos —Estados miembros o regiones con autonomía política— de forma igualitaria o casi igualitaria.

En los Estados compuestos el reparto del poder exige una distribución de competencias entre el ente central y los autónomos. Esta distribución se articula a través de una lista de competencias que suele incluirse en la Constitución del ente central. Esta lista puede contener las competencias que se reservan al ente central, con una cláusula residual a favor de los entes autónomos —Estados Unidos, Alemania—, o bien, a la inversa, recoger en la Constitución las competencias que corresponden a los entes autónomos, siendo todas las restantes del ente central —Canadá, Italia—. En todo caso, el ejercicio de las competencias puede provocar conflictos entre ente central y entes autónomos, que deben ser resueltos con criterios jurídicos. Por ello, suele existir un tribunal especializado encargado de la solución de tales controversias —Tribunal Constitucional—, aunque también puede encomendarse esta función al órgano superior del poder judicial ordinario —Tribunal Supremo—.

A partir de aquí, conviene ya distinguir las dos formas más habituales de Estado compuesto: el Estado federal, por un lado, y el Estado regional, por otro. De ambos son predicables las características del Estado compuesto y, en particular, los principios de autonomía y participación. Pero las restantes características son diferentes en una y otra forma de organización.

4.3.2.2. El Estado federal

El Estado federal es un Estado compuesto de varias entidades autónomas que suelen denominarse también “estados miembros”, junto a un poder central que se denomina federación. Históricamente, los primeros Estados federales —Estados Unidos, Suiza, Alemania— también han sido modelo de los demás, se formaron por la unión de varios Estados independientes que con anterioridad habían constituido una confederación. Pero luego, el modelo se extendió y se aplicó también a Estados —México, Brasil, Ar-

gentina, Australia...— que no se formaron por la unión de otros Estados; de tal forma que la federación ha actuado a veces como culminación de un proceso de integración, mientras que otras veces ha sido la forma de descentralizar un único Estado.

En cualquiera de los dos casos, su principal característica específica es la existencia de lo que antes denominábamos “autonomía constitucional” en cada uno de los estados miembros de la federación. De esta forma, además de la pluralidad de ordenamientos que puede encontrarse en cualquier Estado compuesto, en el Estado federal existe una pluralidad de normas constitucionales: cada Estado miembro puede aprobar su propia Constitución, que no requiere intervención alguna ni aprobación de los órganos federales. Incluso en ocasiones, cuando el Estado federal se forma por la unión de Estados que antes eran independientes, la Constitución federal puede ser posterior en el tiempo a las de los estados miembros, apareciendo así como “derivada” desde esta perspectiva. Sin embargo, esta idea no debe ocultar que la Constitución federal es jerárquicamente superior a las constituciones de los estados miembros y prevalece sobre ellas en caso de conflicto. Si bien desde la perspectiva temporal la Constitución federal puede aparecer como el punto de llegada de un proceso integrador, a partir de ahí, y desde la perspectiva jurídica, es el “punto de partida” del nuevo Estado compuesto y se sitúa en la cúspide de su ordenamiento. En todo caso, el carácter federal del Estado conlleva que la aprobación o modificación de la Constitución federal requiera la intervención de los estados miembros, exigiéndose la unanimidad o una mayoría cualificada de estos.

Otra nota característica del Estado federal es que cada uno de los estados miembros posee una organización institucional propia de carácter global o completo; es decir, que poseen, como mínimo, un poder ejecutivo, un legislativo y un judicial, distintos a los de la federación. Y si bien no cabe excluir que la Constitución federal imponga una mínima homogeneidad institucional, en principio los estados miembros tienen autonomía para crear y regular sus propios órganos. Estos no se sitúan, en general, en una posición de subordinación a los poderes federales, sino que más bien hay que acudir al principio de competencia para delimitar sus funciones: de hecho, el ordenamiento de los estados miembros no es inferior al estatal, y en caso de conflicto entre

leyes u otras normas prevalecerá, al menos en principio, la que no se exceda de su ámbito competencial.

Pero evidentemente existen también aspectos en los que se advierte la primacía de la federación. Ya hemos apuntado la superioridad de la Constitución federal sobre todo el resto del ordenamiento. Por lo demás, el órgano jurisdiccional, común o especializado que se encarga de la solución jurídica de los conflictos competenciales es un órgano federal, aunque actúe con independencia de cualquier otro poder federal o estatal. Y en fin, las constituciones federales suelen prever una cláusula de salvaguarda que permite a la federación, en caso de incumplimiento grave de sus deberes o funciones constitucionales por parte de un Estado miembro, adoptar e imponer al Estado las medidas necesarias para restablecer el orden quebrantado, dando lugar a lo que suele conocerse como ejecución federal.

En todo caso, las tendencias más modernas del federalismo van por la vía de utilizar mecanismos de coordinación y, sobre todo, de colaboración entre estados miembros y federación, buscando en lo posible evitar conflictos y alcanzando en su lugar acuerdos o convenios. Por ello, dos principios son esenciales en el federalismo actual, ya que hacen posible que la complejidad de este tipo de Estados no implique inestabilidad o ruptura del mismo: son los principios de cooperación —por ello, se habla de federalismo cooperativo, fórmula derivada de Alemania— y el de lealtad federal, que suponen que tanto federación como estados miembros sean conscientes de que forman parte de un todo y actúen en consecuencia.

4.3.2.3. El Estado regional

Por lo que se refiere al Estado regional, es también un Estado compuesto, aunque en este caso el término “Estado” suele reservarse para denominar al ente central, mientras que los entes autónomos se llaman “regiones” o “autonomías”. Por ello, posee las características antes apuntadas y en particular también puede afirmarse que las regiones gozan de autonomía política y, por tanto, poseen capacidad legislativa, así como su propia organización institucional. Sin embargo, en otros aspectos se diferencia

del Estado federal. Pero antes de apuntar estas diferencias, conviene precisar que no es una de ellas la cantidad o la importancia de las competencias que pueden asumir las regiones; es decir que una región puede asumir igual o, incluso, mayor número de competencias que las que corresponden a un estado miembro de una federación. Como ejemplo de Estado regional suele citarse siempre a Italia; y también España podría incluirse en líneas generales en este grupo, a pesar de los rasgos federalizantes que puedan encontrarse.

A partir de aquí, pueden apuntarse las diferencias entre el Estado regional y el federal. En primer lugar, las regiones no poseen una Constitución propia. Sí suelen poseer una norma fundamental y superior a las demás, que habitualmente se denomina Estatuto; pero la diferencia no es solo terminológica, sino también sustancial, ya que este Estatuto no es fruto de un poder constituyente propio —aunque limitado—, sino que requiere de la aprobación de los órganos del poder central para su entrada en vigor. Y aunque es posible que los órganos regionales intervengan también en la elaboración de la norma estatutaria, la última palabra la poseen los órganos centrales. El Estatuto es así, además de la norma básica de la región, una norma del Estado. Si bien esta diferencia puede aminorarse en la práctica, debido a la importancia de la intervención de los órganos regionales, o incluso del pueblo de la región mediante referéndum (como sucede en España en los Estatutos del art. 151 constitucional), ello no debe ocultar la idea de que conceptualmente el Estatuto regional es algo bien distinto a la Constitución de un estado miembro de una federación.

Otra diferencia entre el Estado federal y el regional reside en que las regiones suelen carecer de poder judicial propio, de manera que su organización institucional se basa en un poder legislativo y un ejecutivo, existiendo, en cambio, un único poder judicial para todo el Estado, sin perjuicio de que las regiones puedan asumir alguna competencia en materia de administración de justicia.

En fin, si bien la siguiente idea no puede afirmarse con carácter general, lo cierto es que en algunos Estados regionales la Constitución no determina las competencias que corresponden necesariamente a todas las regiones, sino que más bien apunta

un listado de competencias que es posible —pero no obligatorio— asumir. En estos Estados —es el caso de España— rige el principio dispositivo en el acceso a la autonomía, lo que tiene importantes consecuencias:

- a) en primer lugar, las competencias de las regiones no derivan directamente de la Constitución estatal, sino de sus Estatutos, ya que estos pueden “elegir” dentro del listado que aparece en aquella;
- b) en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, es posible que no todas las regiones asuman el mismo número de competencias (aunque esto también puede suceder en otros Estados regionales en los que la Constitución prevé directamente la existencia de “regiones especiales”, como en Italia, la aplicación del principio dispositivo supone que las diferencias entre regiones no pueden preverse en el momento de la aprobación de la Constitución estatal), y
- c) en fin, incluso en algunos Estados no se determina el número y nombre de las regiones, siendo posible que algún territorio renuncie al ejercicio de su derecho a la autonomía, no configurándose como región.

En todo caso, ya hemos apuntado que estas características no se producen en todos los Estados regionales, de forma que puede distinguirse entre el regionalismo automático y el voluntario; o, desde otro punto de vista, entre el regionalismo igualitario y el desigual, según si todas las regiones poseen o no iguales competencias. Lo importante es destacar que el sistema regional permite, en ciertos casos, la desigualdad competencial entre las regiones, lo cual es inusual en el ámbito de los Estados federales —aunque ya se ha empezado a hablar de “federalismo asimétrico”, proponiendo además este modelo para España—.

5. LA CAPITAL DEL ESTADO

La idea de ciudad-capital encuentra su origen en Europa en la Baja Edad Media, en el marco del proceso de afirmación de los príncipes territoriales frente al poder del Imperio y del papa, es decir, frente a Roma, ciudad considerada como *caput orbis*.

Sin embargo, durante mucho tiempo las Cortes fueron itinerantes, de manera que la capitalidad no adquiere los caracteres de estabilidad y permanencia hasta el Renacimiento, vinculándose con la ciudad donde posee su residencia habitual el rey. Así, en el caso español, en el siglo XVI, Felipe II fija la capital estable en Madrid.

Posteriormente, se considerará capital la ciudad sede de las instituciones fundamentales del Estado, esto es, la Jefatura del Estado, el ejecutivo, el legislativo y el poder judicial. Con el surgimiento de los Estados federales, la capital ostenta en ocasiones un tratamiento jurídico especial, ya que en algunos se ubica fuera del territorio de cualquier estado miembro, estableciéndose un “distrito federal” en el cual se aplican directamente las normas aprobadas por la federación (así sucede con Washington, D. C. y con otras ciudades que siguen su modelo, como el otrora México, D. F.).

Lo anterior pone de manifiesto la evidente vinculación entre capital y Estado moderno, de manera que hoy puede decirse que no hay Estado sin capital. En algunos casos, la propia Constitución determina qué ciudad es la capital —así lo hace, por ejemplo, nuestra norma fundamental—; en otros supuestos la Constitución omite esta referencia —Francia, Italia— e incluso podría no existir referencia normativa alguna a la capital. También se encuentran casos en los que las instituciones fundamentales antes mencionadas se encuentran repartidas en distintas ciudades, y otros en los que la capitalidad está de algún modo compartida, aunque siempre suele haber una ciudad que ostenta tal título con primacía sobre cualquier otra.

La Constitución española determina en su artículo 5 que “La capital del Estado es la villa de Madrid”. Hay que preguntarse cuáles son las consecuencias jurídicas de esta proclamación, lo que en definitiva supone plantearse por el significado jurídico de la capitalidad. Al respecto, se han apuntado dos posibles significados:

- a) que el artículo 5 de la Constitución supone una habilitación —o tal vez una exigencia— para la aprobación de un “estatuto de capitalidad”, es decir, una ley que regule las peculiaridades del régimen jurídico de la ciudad capital, y

- b) que la proclamación de la capitalidad de Madrid supone que en ella deben radicar las instituciones fundamentales del Estado, o al menos de aquella que se considere imprescindible para poder hablar de capitalidad.

La primera de las consecuencias no parece derivarse necesariamente del artículo 5; ello implicaría, o bien que este precepto no quedaría cumplido mientras no se aprobase una ley de capitalidad —si se entiende que el art. 5 exige esta ley—, o bien que la capitalidad es de alguna manera potencial, pero no real —si se interpreta que supone solo una posibilidad o una habilitación para dicha ley—. Por lo demás, cualquier ley en este sentido tendría que respetar la autonomía municipal constitucionalmente garantizada, porque no parece acorde con la Constitución la interpretación según la cual la capital del Estado no sería estrictamente un municipio, sino un territorio dependiente directamente de los poderes centrales, al estilo de algunas capitales federales.

Por ello, parece mucho más acorde el segundo de los significados antes apuntados, esto es, que la proclamación de una ciudad como capital implica que en la misma deben radicar las instituciones fundamentales del Estado, o al menos alguna de ellas que se considere “fundamental entre las fundamentales”. Sin embargo, el propio derecho comparado pone de manifiesto que estas instituciones pueden estar repartidas entre diversas ciudades, y en nuestro sistema no parece que el artículo 5 exija que todas las instituciones tengan su sede en Madrid; así, no parece que vulnerase el artículo 5 de la Constitución la ubicación fuera de la capital del Defensor del Pueblo, el Consejo General del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional, por ejemplo. En esta línea, podemos compartir las ideas expuestas por Aragón Reyes, para quien la capitalidad tiene un “contenido propio” o normal, que implicaría la radicación en ella de las sedes de la Jefatura del Estado, ejecutivo y legislativo —si bien Aragón se refiere al presidente, gobierno y Parlamento, al centrarse en la capitalidad de las comunidades autónomas—, y un “contenido mínimo”, que es el que realmente determinaría cuál es la capital, y que vendría constituido por ubicación de la Jefatura del Estado. Con todo, el texto constitucional siempre puede disponer expresamente otra cosa. Y así, puede encontrarse alguna rara excepción al criterio mencionado, ya que formalmente la

capital de Países Bajos es Ámsterdam, si bien la Corona y otras instituciones de gobierno tienen su residencia habitual en La Haya, que es la capital administrativa efectiva; en todo caso, según el artículo 32 de la Constitución de Países Bajos, el rey presta juramento y es entronizado en sesión conjunta de los Estados Generales en la capital Ámsterdam, con lo que el “contenido mínimo” se reduce en este caso a la sede de la entronización y juramento del rey.

En definitiva, puede afirmarse con carácter general que el “contenido mínimo” antes citado es el elemento decisivo a la hora de definir la capitalidad, de forma que la capital de un Estado será la sede de la Jefatura del Estado, salvo que la Constitución disponga otra cosa. Y cuando el texto constitucional establece la ciudad capital sin indicar las consecuencias de esta proclamación, habrá que entender que, como mínimo, esa ciudad debe ser sede de la Jefatura del Estado, aunque normalmente lo sea también de otros órganos constitucionales. Lo que en nuestra Constitución, implica que el artículo 5 impide que la sede de la Corona se traslade fuera de Madrid, aunque lo propio es que también el gobierno, Congreso y Senado, al igual que otros órganos constitucionales, tengan la sede en la capital.

6. LOS SÍMBOLOS DEL ESTADO

Según García Pelayo, un símbolo es una realidad material o sensible a la que se convierte en portadora de significaciones, de manera que el símbolo da presencia material a una realidad inmaterial. Siguiendo a este autor, los elementos del símbolo son: *a)* el objeto sensible o imagen; *b)* la significación; *c)* la referencia simbólica constituida por la relación entre objeto y significación, y *d)* un sujeto con la adecuada disposición simbólica para captar la referencia y responder a su llamada. Lo característico del símbolo político es que su función no se agota en comunicar algo, sino que tal comunicación no es más que el supuesto para promover y sustentar el proceso integrador. Por ello, el acierto en el hallazgo de un símbolo es un importante factor para promover adhesiones y generar entusiasmo por la causa que representa. De ahí que para García Pelayo el respeto a los símbolos vigentes y la

solidaridad con ellos es signo de una estructura política firmemente integrada.

Por eso, todo Estado utiliza símbolos políticos —bandera, escudo, himno...— para representar su esencia y generar adhesión en la comunidad. El significado último de los símbolos del Estado posee un cierto carácter emotivo e irracional. De alguna manera, los símbolos políticos se vinculan también con la idea de nación, como comunidad consciente de su pasado y cultura común, y que expresa su voluntad de seguir existiendo tal comunidad política. Y, en efecto, el respeto a los símbolos del Estado expresa la adhesión de la población a lo que este significa y la voluntad de mantener la unidad de la comunidad política.

Dada la importancia de los símbolos del Estado, es frecuente que las constituciones recojan y describan los símbolos esenciales. La Constitución española de 1978 solo utiliza el término símbolo en el artículo 56, para referirse al rey, que es “símbolo” de la unidad y permanencia del Estado. Y ciertamente, desde esta perspectiva puede entenderse que el monarca actúa como un “símbolo personal”. Pero los que habitualmente se consideran símbolos del Estado son la bandera, el escudo y el himno. Entre ellos, nuestra norma fundamental se refiere solo a la bandera, a la cual dedica el artículo 4, cuyo apartado 1 se dedica a describirla. Nuestra actual bandera se adopta por primera vez con Carlos III, pero solo a partir de 1843 se convierte en la enseña nacional, función que ha desempeñado hasta la actualidad, con el único paréntesis de la Segunda República, cuando se adoptó la bandera tricolor. El apartado 2 del artículo 4 de la Constitución es también de enorme interés, ya que permite a los Estatutos de las comunidades autónomas establecer banderas y enseñas propias, lo que efectivamente han hecho la mayoría de los Estatutos, que en ocasiones contienen también referencias a otros símbolos como el escudo o el himno de la comunidad. El último inciso del artículo 4.2 impone que las banderas autonómicas ondeen junto a la española en los edificios públicos y actos oficiales autonómicos. De esta forma, la Constitución reconoce también a las banderas autonómicas el carácter de símbolo del Estado, entendiendo este término en su sentido amplio no excluyente de las comunidades autónomas. En fin, el uso de la bandera española y de las restantes banderas y enseñas está regulado en la ley 39/1981, de 28 de octubre.

Como ya se ha apuntado, la Constitución no se refiere al escudo ni al himno nacional; ello no es óbice para que los mismos sean también símbolos del Estado español, si bien no poseen rango constitucional y, por tanto, pueden ser modificados o sustituidos por la ley, lo que no cabe hacer con la bandera. Por lo que se refiere al escudo, su descripción se contiene en la ley 33/1981, de 5 de octubre, que establece un modelo diferente al que existía en el Estado franquista, pero mantiene algunos elementos tradicionales en la historia de nuestro escudo. En cuanto al himno nacional, se mantiene también la tradicional “Marcha Real” o “Marcha Granadera”, que fuera restaurada en 1942 sustituyendo al “himno de Riego” —vigente durante la Segunda República—. Actualmente viene regulado en el real decreto 1560/1997, de 10 de octubre, dándose la curiosa circunstancia de que es uno de los escasos himnos nacionales que carece de letra oficial.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, M. (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, vol. I.
- Espín Templado, E., *Lecciones de derecho político*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- López Guerra, L., *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- Pérez Royo, J., “El Estado”, en Aragón Reyes, M. (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, vol. I.
- Sánchez Ferriz, R., *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 1993.

Obras clásicas

- Bodin, J., *Los seis libros de la República*, trad. de P. Bravo, Madrid, Aguilar, 1973.
- Heller, H., *Teoría del Estado*, 14^a reimp., trad. de L. Tobio, México, FCE, 1992.

- Hobbes, T., *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. de C. Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1978.
- Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de A. Lázaro Ros, Madrid, Aguilar, 1990.
- , *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. de C. Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- Maquiavelo, N., *El príncipe*, 23ª ed., trad. de L. Leonetti Jungl, Madrid, Espasa Calpe, 1993.
- Rousseau, J. J., *Del contrato social. Discursos*, 2ª ed., trad. de M. Armiño, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

Hacia un concepto de Constitución

El concepto de Constitución, que constituye evidentemente la base de todo el derecho constitucional, paradójicamente no es unívoco ni pacífico. Por ello, el esfuerzo por clarificarlo y delimitarlo es imprescindible, pues de lo contrario se estará construyendo una disciplina sobre bases demasiado movedizas. Y es que, en efecto, con este término a veces se alude a conceptos o ideas no coincidentes. A lo largo de la historia, esta palabra ha definido realidades diferentes. Y aunque hoy suele coincidir en su consideración como norma suprema, ni este es el único sentido que se da al término ni siempre se utiliza esta palabra con este significado. Por lo demás, la elección de un concepto de Constitución no está desprovista de consecuencias de todo tipo. Una vez elegido un concepto —o elaborado uno propio— hay que ser consecuentes con él. En realidad, los distintos sentidos no necesariamente son alternativos, de manera que hubiera que elegir uno u otro, sino que buena parte de ellos aportan elementos y criterios útiles para aproximarse al concepto de Constitución.

Por ello, antes de intentar adoptar y justificar mi propia idea, conviene proceder a un breve repaso de los más importantes sentidos o definiciones, partiendo de la clásica distinción entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material, lo que permitirá alcanzar una noción más precisa y concreta sobre cuáles son sus características esenciales, así como su significado y —en su caso— su contenido propio. Se ofrecen a continuación los sentidos más extendidos en la teoría de la Constitución, realizando una valoración crítica de cada uno de ellos.

1. CONCEPTO JURÍDICO-FORMAL DE CONSTITUCIÓN

En primer lugar, la Constitución puede entenderse como una norma que se diferencia de las demás por criterios formales. Desde este punto de vista, por “Constitución en sentido formal” puede entenderse la Constitución como los textos —o el texto— que se diferencia de las restantes leyes por su nombre y, en su caso, porque su aprobación y reforma están sujetos a especiales requisitos.¹ A estos criterios puede añadirse el de supremacía formal sobre todas las demás leyes, es decir, el ostentar el superior rango jerárquico dentro del sistema de fuentes del derecho; de hecho, en la actualidad este parece el elemento más relevante para una definición formal de Constitución, de manera que podría decirse que la Constitución es la norma jurídica suprema de un Estado.

Desde luego, debe reconocerse que ninguno de los criterios mencionados puede aplicarse a todo aquello que en uno u otro momento histórico —y aun hoy— se ha considerado Constitución. Para empezar, el propio carácter jurídico de la Constitución no fue admitido en Europa durante buena parte del siglo XIX. Y el carácter de norma suprema ha ido normalmente aparejado a la propia consideración jurídica de la Constitución. En realidad, ambas ideas se establecen en nuestro continente —dejando ahora a un lado la particular excepción constituida por el caso británico— en el primer tercio del presente siglo. En cuanto al criterio formal relativo a la especial rigidez de la Constitución, también se relaciona estrechamente con su superioridad formal, pero la propia distinción entre constituciones rígidas y constituciones flexibles² pone de manifiesto que dicha rigidez no es un elemento que permita definir con carácter universal a la Constitución.

Sin embargo, el concepto jurídico-formal de Constitución me parece hoy el mejor punto de partida para definir la Constitución como norma y, por tanto, como objeto del derecho constitucional considerado como disciplina científica. Si consideramos las constituciones actuales en el mundo occidental, me parece que

¹ Tal es la definición de Constitución formal ofrecida por Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1988, p. 17.

² Debida, como es sabido, a J. Bryce, en su obra *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, CEC, 1988.

la idea más relevante para su definición es su carácter de normas jurídicas supremas, dotadas de especial rigidez.³ Carácter normativo y rango supremo me parecen así dos notas fundamentales para aproximarse al concepto de Constitución y, desde luego, imprescindibles en los sistemas más próximos al nuestro. Y de estas dos características deriva un tercer rasgo, que es la necesidad de garantizar ese carácter jurídico supremo, mediante mecanismos que posibiliten el control de constitucionalidad de las normas de rango inferior.

El concepto formal de Constitución parece el más adecuado desde un punto de vista jurídico y presenta indudables ventajas. Así:

- a) permite dotar de una incuestionable unidad a la Constitución, con base en el dato de su supremacía formal sobre el resto de las normas;
- b) la Constitución aparece como la norma que permite identificar y sirve como origen del resto del ordenamiento, cuya justificación se encuentra directa o indirectamente en la norma fundamental, a través de un sistema escalonado basado en su rango;
- c) consigue evitar problemas que plantea un concepto de Constitución basado en el contenido o en la materia, como son sus imprecisos límites y, sobre todo, su menor utilidad desde el punto de vista jurídico —otra cosa podría ser desde la perspectiva del derecho constitucional como disciplina científica—.

En efecto, una definición puramente material de Constitución hace desaparecer lo que antes hemos considerado notas esenciales de la Constitución: su carácter de norma jurídica, suprema, y

³ Desde luego, hay que volver a destacar la excepción de la Constitución inglesa, que ni es básicamente escrita, ni rígida, ni parece que pueda hablarse de una superioridad jerárquica *formal* en relación con el resto de las normas. Incluso su carácter normativo podría parecer más o menos dudoso, precisamente por la ausencia de una superioridad jurídico-formal. Sin embargo, y aunque esta característica puede también explicarse porque parece parte esencial de la propia Constitución inglesa el principio de soberanía del Parlamento, hay que reconocer que esta Constitución ha desempeñado a lo largo de los siglos la función de límite al poder, inherente al derecho.

cuya superioridad está garantizada. Como se ha señalado, “el que una norma tenga por objeto regular la creación normativa de los órganos superiores del Estado no le confiere ningún valor si el ordenamiento no prevé que su infracción es antijurídica”,⁴ y en definitiva no le confiere valor constitucional si no se sitúa en la cúspide del ordenamiento, de manera que quede sancionada su infracción por cualquier otra norma.

En suma, el concepto formal de Constitución explica correctamente la propia norma fundamental y el resto del ordenamiento, desde una perspectiva jurídica.

Sin embargo, tampoco pueden dejarse de lado algunos inconvenientes que plantea un concepto estrictamente formal de Constitución, aunque parte de ellos parecen superables. Podrían destacarse los siguientes:

- a) Ya hemos apuntado que el concepto jurídico-formal de Constitución no es universal, y ni siquiera ha sido el imperante en Europa durante el siglo XIX. Ciertamente, el concepto de Constitución ha evolucionado, pero lo que nos interesa es encontrar un concepto que permita entender su significado en la actualidad, y especialmente en los sistemas jurídico-políticos entre los que se encuentra el nuestro.
- b) Un concepto puramente formal de Constitución provoca evidentemente la ausencia de una “materia constitucional” definida. Pero esta dificultad afectaría sobre todo al derecho constitucional como disciplina científico-jurídica, y no tanto a la Constitución como norma jurídica, que queda suficientemente definida desde la perspectiva formal. Además, la dificultad podría superarse teniendo en cuenta que el objeto del derecho constitucional no necesariamente es de manera única y exclusiva la Constitución como norma; o visto desde otra perspectiva, que el derecho constitucional como sector del ordenamiento puede no estar compuesto únicamente por la norma constitucional, sino también por otras, en cuya determinación podrían tenerse en cuenta criterios materiales

⁴ Otto, I. de, *Derecho constitucional...*, cit., p. 18.

—entre otros—. En todo caso, la cuestión de la existencia de una “materia constitucional” tiene más sentido en relación con la disciplina científica y, desde luego, en relación con la asignatura así denominada.

- c) Una tercera objeción al concepto formal de Constitución radicaría en que el mismo es neutral axiológicamente, al prescindir por completo de los contenidos materiales, y de la finalidad de la norma constitucional en su definición. De esta forma, quedarían englobados en este concepto tanto los textos constitucionales que establecen regímenes democráticos como otros que se corresponden con sistemas alejados de las ideas de separación de poderes y reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, lo que apartaría el concepto de Constitución del sentido y finalidad con el que surge el constitucionalismo, en los inicios de la Edad Contemporánea. Me parece que este es el inconveniente más significativo del concepto jurídico-formal de Constitución. De Otto trata de superarla señalando que “si la Constitución tiene realmente ese valor supremo, forma parte de su ser mismo la imposición de algún límite, esto es, de prohibiciones y mandatos, pues de otro modo difícilmente cabría hablar de norma”; de forma que “en tanto haya norma suprema, y por tanto sujeción y límite, hay Constitución”, aunque reconoce a continuación que existe Constitución “aun cuando el régimen que en ella se establezca esté muy lejos de lo que en el pasado se ha venido entendiendo por constitucionalismo”.⁵ Desde luego, debe reconocerse que la propia consideración de la Constitución como norma suprema introduce la idea de un cierto límite al poder, que está en la base del significado del Estado de derecho; pero tampoco puede ignorarse que una norma suprema puede también establecer un régimen alejado de lo que es el principio democrático. En palabras de Espín, “el derecho supone la forma más eficaz de limitación pacífica de cualquier manifestación del poder”, pero “esta función del derecho no supone afirmar la indiferencia de su con-

⁵ *Ibidem*, p. 19.

tenido. Por el contrario, este es decisivo para que cumpla su función reguladora y limitadora del ejercicio del poder con plenitud”.⁶ Sobre esta cuestión volveremos al analizar el concepto material-garantista de Constitución.

2. CONCEPTO MATERIAL

La Constitución puede definirse también desde una perspectiva material o sustantiva, no por su forma o rango normativo, sino con base en su contenido. Desde este punto de vista, puede hablarse de un concepto material de Constitución, o de la “Constitución en sentido material”. Sin embargo, no puede hablarse de un único concepto material de Constitución, ya que con esta idea puede hacerse referencia a realidades diferentes. Aunque pueda haber relaciones entre ellos, creo que, por lo que ahora interesa, pueden distinguirse al menos cuatro ideas o conceptos materiales de Constitución:⁷

1. En un primer y elemental sentido, el concepto material de Constitución se referiría al conjunto de normas que regulan en sus aspectos esenciales determinadas materias. Desde este punto de vista, la primera materia que puede señalarse como “constitucional” es la regulación de los órganos del Estado. En palabras de Jellinek, la Constitución de los Estados abarca “los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”.⁸ En relación con esta materia, cabría señalar también la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, de forma que la “materia constitucional” estaría formada, en primer lugar, por la regulación de las estructuras propias del Estado, sus poderes y órganos y, en segundo lugar, por la regulación

⁶ Espín, E., *Lecciones de derecho político*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 25.

⁷ A la “Constitución en sentido material” me he referido también en “Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 102, 1998.

⁸ Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, 2ª ed. alemana, Buenos Aires, Albatros, 1978, p. 381.

de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.⁹ Hesse se ha referido a la Constitución como *orden jurídico fundamental de la comunidad*, poniendo de manifiesto que la misma no se limita a la ordenación de la vida estatal, sino que abarca también las bases de la ordenación de la vida no estatal.¹⁰ Principalmente, estas bases se contienen en la Constitución en cuanto afectan a la relación del Estado con los ciudadanos, en un sentido amplio. La regulación del Estado y de sus relaciones con los ciudadanos forman, desde luego, el contenido habitual de las constituciones. A este doble contenido responde en esencia la tradicional división entre “parte orgánica” y “parte dogmática” de la Constitución; aunque pueden encontrarse supuestos en los que falta el segundo bloque, circunscribiéndose la Constitución a regular la organización del Estado.

Pero también puede señalarse una tercera “materia constitucional”: se trata de la definición de los aspectos básicos del ordenamiento (p. ej., los elementos personal y territorial del Estado)¹¹ y, muy especialmente, la regulación de las fuentes o de los modos de producción del derecho.¹²

Estos tres bloques materiales podrían denominarse “orgánico” o “institucional” —instituciones políticas fundamentales del Estado—, “material” —relaciones del Estado con los ciudadanos, derechos y deberes de estos—, y “fuentes” u “ordenación del sistema normativo” —reglas sobre creación de normas—. De todas

⁹ A este sentido de “Constitución material” se refiere, por ejemplo, Otto, I. de, *Derecho constitucional*, cit., p. 17; Espín, E., *Lecciones...*, cit., p. 85.

¹⁰ Hesse, K., “Concepto y cualidad de la Constitución” (“Begriff und Eigenart der Verfassung”, 1966), en *Escritos de derecho constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1992, p. 16.

¹¹ En este sentido, López Guerra, L., *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 52.

¹² Este contenido de la Constitución es, en esencia, lo que Kelsen denominaba “Constitución en sentido material”: “los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes”, Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 147. A este contenido se refiere, por ejemplo, Rubio Llorente, F., “La Constitución como fuente del derecho”, en *La Constitución española y la fuentes del derecho*, Madrid, 1979, y hoy en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997; la referencia es de esta última obra, pp. 45-46.

formas, partiendo de la existencia de esa “materia constitucional”, el concepto material de Constitución puede entenderse todavía en varios sentidos:

- Como el conjunto de normas que, *encontrándose en la Constitución formal*, se refieren a las materias citadas. Ello implicaría que no todo el contenido del texto constitucional es materialmente Constitución y, en definitiva, conllevaría dividir las normas constitucionales en dos bloques. Esta solución no me parece admisible desde el punto de vista jurídico, sin perjuicio de que pueda aceptarse que determinadas materias, entre las reguladas en la norma fundamental, revistan especial interés para el derecho constitucional como disciplina científica.¹³
- Como el conjunto de normas que se refieren a las “materias constitucionales”, con independencia de cuál sea su fuente formal y el rango de esta. Desde dicha perspectiva, formarían la Constitución en sentido material todas las normas reguladoras de los poderes del Estado y de las relaciones de este con los ciudadanos y, en su caso, de los modos y fuentes de producción del derecho.

E incluso cabría matizar esta afirmación en el sentido de que las normas contenidas en la Constitución formal que “inciden” en otras ramas del derecho, pueden interesar también a la disciplina jurídico-constitucional, en tanto en cuanto su mayor rango jerárquico es relevante en muchos aspectos, y puede además reflejar el carácter esencial o fundamental de ciertos contenidos. Así, no creo que sean intrascendentes para el derecho constitucional la regulación constitucional de la propiedad y la herencia, la división de competencias en materia civil o los principios fundamentales del sistema tributario, contenidos en la Constitución. En cambio, el criterio material que ahora comenté sí es relevante a la hora

¹³ 24 como ha señalado Otto, I. de, *Derecho constitucional...*, *cit.*, p. 17, “[e]sta distinción puede tener algún valor para identificar el objeto académico del derecho constitucional, que no estudia por igual todas las normas de la Constitución, algunas de las cuales inciden en el derecho civil, penal, o cualquier otro sector del saber jurídico. Pero es en cambio totalmente insostenible como criterio para identificar las normas constitucionales como verdaderas normas”.

de establecer que determinadas leyes o normas de rango infra-constitucional pueden formar parte del objeto propio del derecho constitucional, en función de la materia que regulan.

Por tanto, el concepto material que se acaba de apuntar debe rechazarse para definir la Constitución, aunque puede tener importancia a la hora de determinar el objeto del Derecho Constitucional como disciplina y, por lo que ahora interesa, las fuentes de la asignatura así denominada.

- En tercer lugar, puede entenderse que la “materia constitucional” antes apuntada forma parte del contenido de la Constitución, con independencia de que esa materia esté o no regulada en normas escritas, o incluso con independencia de cualquier regulación jurídica. La Constitución se confundiría así con el propio Estado o con los factores, elementos o sujetos político-sociales en los que se manifiesta el poder del Estado, y sus relaciones con los ciudadanos. Ello permite aproximarse al concepto que se ha denominado “político-social” de Constitución, al que luego me referiré.

2. Un concepto relacionado con el anterior, pero que supone un paso más, es el que entiende que la Constitución no es simplemente la norma —o normas— que regula determinadas materias, sino la que procede a esa regulación en un determinado sentido. Es decir, la Constitución no sería la norma o normas reguladoras de la organización del Estado y de sus relaciones con los ciudadanos, sino la regulación de una determinada organización del Estado, sustentada en el principio de la separación de poderes, y de la relación entre Estado y ciudadanos basada en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. Se trata de lo que podría denominarse “concepto garantista” de Constitución,¹⁴ y que no es sino el “concepto político” de Constitución, cuya manifestación más clara se encuentra, como es sabido, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”.

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, Espín, E., *Lecciones..., cit.*, pp. 85-86.

En efecto, este concepto material de Constitución aparece como el más directamente relacionado con su origen histórico:¹⁵ el constitucionalismo surge, con algún antecedente (como el *Bill of Rights* de 1689) a finales del siglo XVIII, con la finalidad de limitar al poder, estableciendo la separación de poderes y la garantía de los derechos. Como se ha destacado, el control del poder es un elemento inseparable del concepto de Constitución, desde la teoría británica de la “Constitución bien equilibrada” y las ideas de Montesquieu.¹⁶ Incluso, en un sentido histórico más amplio, Loewenstein ha señalado que “[I]a historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder”.¹⁷ Pero me parece que estrictamente no puede hablarse de Constitución anteriormente a los textos estadounidense y francés de finales del siglo XVIII, y ello precisamente porque:

- a) como se ha señalado, mientras que en la teoría política preestatal el término “Constitución” pertenece al mundo del ser, de manera que es un término descriptivo, a partir del siglo XVIII el término pertenece al deber ser, es un término prescriptivo,¹⁸ y

¹⁵ Así lo ha destacado, por ejemplo, López Guerra, L., *Introducción...*, *cit.*, p. 20. El mejor examen del sentido histórico de la Constitución en nuestra disciplina sigue siendo, a mi juicio, el de Blanco Valdés, R., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1998. Un análisis global del constitucionalismo en sus diversas corrientes y de su evolución posterior puede encontrarse en el muy interesante trabajo de Jiménez Asensio, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003. Por mi parte, he desarrollado el tema con más amplitud en “Estudio preliminar: el valor histórico de la Constitución”, en Díaz Revorio, F. J. (ed.), *Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*, Lima, Palestra, 2004, pp. 15-34.

¹⁶ Véase Aragón Reyes, M., “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 1987, pp. 15 y ss.

¹⁷ Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, 21ª ed., Barcelona, Ariel, 1976, p. 150.

¹⁸ Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 82-83.

- b) aun cuando toda regulación del poder pueda implicar una cierta limitación del mismo, solo a partir del inicio de la Edad Contemporánea puede decirse que la Constitución tiene por finalidad principal esa limitación, articulada mediante la división de los poderes, como mecanismo necesario para salvaguardar la libertad.

En suma, si bien estamos ante un concepto material, “lo que distingue esta definición no es tanto su referencia al contenido [...] como el sentido o finalidad a la que sirve ese contenido de la Constitución”.¹⁹

En sentido estricto, el concepto garantista a que nos venimos refiriendo significaría que solo existe Constitución cuando se garanticen la separación de poderes y los derechos fundamentales, con independencia de que esta garantía sea producto de una norma de rango superior o de varias normas, con independencia de su rango o de que aparezcan o no como normas escritas. Incluso podría afirmarse que existe Constitución cuando efectivamente un Estado tiene un sistema político basado en la separación de poderes y en el respeto a los derechos fundamentales, aunque no se establezca así en norma alguna. Desde este punto de vista, puede hablarse de Constitución inglesa, pues si bien no existe una norma jurídica escrita y única de rango supremo que garantice los mencionados principios esenciales, las normas existentes —en buena medida de base consuetudinaria— se basan en dichos principios.

Pero en un sentido más estricto, el concepto material al que nos venimos refiriendo puede superponerse o añadirse al concepto formal, de manera que la Constitución sería la norma jurídica suprema que garantiza la separación de poderes y los derechos fundamentales. De esta forma, se excluiría de dicho concepto a las leyes supremas de los Estados que no se basan en estos principios y, en definitiva, quedarían fuera de este ámbito los textos normativos de rango supremo de los Estados no democráticos. Esta última idea es de gran interés, porque el término “Constitución” conlleva un cierto “prestigio” derivado de su origen histórico, y que se perdería en la medida en que se aplique

¹⁹ Espín, E., *Lecciones...*, cit., p. 86.

insdistintamente a textos normativos de diverso signo. De hecho, en algunas ocasiones los textos de los Estados no democráticos huyen voluntariamente de la denominación “Constitución” —como sucedió en España con las “Leyes fundamentales” del franquismo—, y ello probablemente por la “carga política” que el término conlleva.

Desde mi punto de vista este “contenido político” aparejado al concepto “garantista” de Constitución no puede utilizarse como criterio de validez o de legalidad, sino de legitimidad. Desde el punto de vista jurídico-positivo, Constitución es la norma jurídica suprema, con independencia de su concreto contenido. Sin embargo, la historia del constitucionalismo ofrece el elemento esencial de la legitimidad de la Constitución. Por ello, el texto normativo supremo que no garantice los derechos o la separación de poderes será jurídicamente válido y gozará del rango, posición y efectos propios de la norma situada en la cúspide del ordenamiento; pero será ilegítimo. En cierto sentido, constituirá un límite al poder, en tanto en cuanto, si es efectivamente la norma suprema, el “poder constituido” está sometido a ella; pero no será un límite “real y efectivo”, si permite la concentración del poder y no garantiza a los ciudadanos posiciones de inmunidad frente a la actuación de ese poder. Si se quiere, podría ser denominada “Constitución”, pero sería una Constitución no legítima, por cuanto no responde a los criterios del constitucionalismo, desde que este surgió, en el sentido actual, hace algo más de dos siglos.

Por ello, este criterio de legitimidad, aunque no sea formalmente jurídico, ya que no tiene consecuencias en el ámbito de la validez o vigencia de la norma, en absoluto debe ser irrelevante para el jurista, ya que este no puede limitarse a la consideración puramente formal de las normas, con independencia de su contenido, sino que ha de valorar este contenido en función de algunos criterios —los efectos de la aplicación de la norma, la realidad social y, por lo que ahora interesa, los elementos que puedan referirse a la legitimidad—. En palabras de Aragón, “una Constitución emanada democráticamente pero que no establezca un Estado democrático puede tener en el Estado democrático su validez, pero nunca su legitimidad. Es decir, no sería, exactamente, una Constitución democrática. De ahí que no sea posible

entender jurídicamente la Constitución atendiendo solo a su validez [...]”.²⁰

Me parece, en suma, que este concepto garantista de Constitución ofrece un elemento de legitimidad también irrenunciable para el jurista, aunque el mismo no sea requisito de validez de la norma fundamental. Puede que el difícil asentamiento del principio de supremacía constitucional, que en Europa tardó más de un siglo en asumirse desde las primeras constituciones escritas, y en España en concreto tuvo aún que ser “recuperado” y enfatizado tras la Constitución de 1978,²¹ haya provocado —y en alguna medida justificado— que el centro del concepto de Constitución se haya ubicado en el aspecto de la supremacía. Pero hoy considero que el elemento garantista, verdadera enseñanza irrenunciable de la historia del constitucionalismo, debe ocupar una posición al menos del mismo nivel en la definición de la Constitución. Naturalmente, los dos factores —jurídico-formal y garantista— se relacionan y en alguna medida se necesitan, pues por un lado, de nada sirve la supremacía formal si esta no tiende a garantizar ciertos valores y por otro, mal puede cumplirse una función garantista si la Constitución normativa no prevalece sobre el resto del ordenamiento. Pero lo que me parece imprescindible hoy es la recuperación y reivindicación del sentido garantista de la Constitución.

3. Un tercer sentido material de Constitución hace referencia a lo que podríamos denominar “Constitución en sentido sociológico-político” o “Constitución real”. En realidad, no se trata de un único concepto, sino de diversas teorías que, sin embargo, tienen en común la consideración de que el elemento esencial de la Constitución está en los factores histórico-sociales, o en las fuerzas políticas y sociales que efectivamente tienen el poder del Estado y determinan su voluntad. Se trata, por tanto, de un concepto tendencialmente sociológico, aunque algunos de sus defensores hayan señalado su carácter jurídico.

²⁰ Aragón, M., *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 43.

²¹ En esta línea es imprescindible la referencia de García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983.

Como ha destacado Pérez Royo, durante todo el siglo XIX europeo se vivió en el derecho constitucional la tensión entre la norma y la realidad, imponiéndose el concepto de “Constitución material”, entendida como resultado de la evolución secular de un pueblo y no como el producto de una asamblea constituyente.²² De esta forma, “[l]a Constitución formal o escrita es un mal necesario, un producto del terremoto que fue la Revolución francesa y nada más. Su fuerza normativa frente a la Constitución material es nula”.²³ La Constitución material en el sentido visto puede entenderse como “Constitución real”, fruto de la evolución histórica y/o de las fuerzas sociales. Todo ello explica que las constituciones escritas sean normalmente breves, y que su carácter normativo no se afiance en Europa en el siglo XIX. De esta forma, la “Constitución real” se opone en cierto modo a la Constitución escrita con valor jurídico-normativo.

Esta idea de Constitución estuvo presente en el pensamiento liberal-conservador, pero también en algunos autores del primer pensamiento socialista. Hay que citar en este sentido las dos célebres conferencias pronunciadas por F. Lassalle en 1862 en Berlín, y especialmente la titulada *¿Qué es una Constitución?*²⁴ Para el fundador del primer partido obrero, la Constitución entendida como ley fundamental, tiene como fundamento a los “factores reales de poder”, que son “esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que *no puedan ser*, en sustancia, *más que tal y como son*”.²⁵ Entre estos factores se refiere Lassalle a la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros y, en menor medida —en casos “extremos y desesperados”—, a la pequeña burguesía y la clase obrera; especial importancia concede al control del ejército como factor real de poder. Pues bien, la Constitución de un país es, en esencia, la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. La relación de esta Constitución “real”

²² Pérez Royo, J., *Curso de derecho...*, cit., pp. 93-94.

²³ *Ibidem*, p. 95.

²⁴ Las dos conferencias (la segunda de ellas titulada “¿Y ahora?”), pueden encontrarse en Lassalle, F., *¿Qué es una Constitución?*, Introducción de E. Aja, trad. y prólogo de W. Rocés, Barcelona, Ariel, 1976.

²⁵ Lassalle, F., *op. cit.*, p. 62.

con la Constitución escrita es explicada en la conferencia referida en estos términos: “Se cogen estos factores *reales* de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión *escrita*, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores *reales* de poder, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*[...]”.²⁶ Desde este punto de vista, la Constitución *real y efectiva* —que es la que verdaderamente importa— la tienen y la han tenido siempre todos los países, si bien los factores reales de poder pueden desplazarse o modificarse. Por ello, cuando se quiera reformar una Constitución, de nada sirve la modificación de la “hoja de papel” si no se modifica la Constitución “real”, alterando los factores reales de poder. “Allí donde la Constitución *escrita* no corresponde a la *real*, estalla inevitablemente un conflicto que *no hay manera de eludir* y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que *sucumbir* ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país”.²⁷ Por eso, la Revolución de 1848 no triunfó, porque prevaleció la preocupación por hacer una Constitución escrita, al cuidado por modificar la Constitución real, desplazando en beneficio de la ciudadanía las fuerzas reales imperantes en el país. Y es que “una Constitución escrita se hace, en caso de apuro, en veinticuatro horas; pero con hacerla, *nada* se consigue, si es *prematura*”.²⁸

El concepto de “Constitución real y efectiva” de Lassalle es un concepto político que se opone al concepto jurídico, representado en la “Constitución escrita”; él mismo lo reconoce cuando, terminando la conferencia, señala que “[l]os problemas constitucionales no son, primariamente, problemas *de derecho*, sino *de poder*; la verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan *expresión* fiel a los factores de poder imperantes

²⁶ *Ibidem*, p. 70.

²⁷ *Ibidem*, p. 87.

²⁸ *Ibidem*, p. 92. En la misma idea insiste, por ejemplo, en p. 94: “de nada sirve lo que se escriba en una *hoja de papel*, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder”.

en la realidad social”.²⁹ Pero, desde mi punto de vista, el hecho de que los “factores reales de poder” sean relevantes para explicar y entender la Constitución escrita, no debe desplazar el concepto de Constitución del ámbito jurídico al ámbito político; como se verá, la ciencia política supone un apoyo importante para el derecho constitucional, pero el objeto de este es una norma jurídica —lo cual, por cierto, no es exactamente lo mismo que una “hoja de papel”...—.

Por lo demás, las ideas socialistas de Lassalle se manifiestan en su concepción de la Constitución: el derecho resulta ser un mero producto al servicio de las clases dominantes, y cuando no se corresponde con esos “factores reales” carece de toda importancia, siendo la Constitución una simple “hoja de papel”. De esta forma, la única vía posible de modificar la Constitución es desplazando los factores reales de poder —Lassalle se centra en esta conferencia en el control de la nación sobre el Ejército—. Con todo, y a diferencia de Marx, Lassalle confiaba en que el sufragio universal permitiría al movimiento obrero dirigir el Estado en beneficio de sus intereses.³⁰

Sin embargo, concepciones “realistas” sobre la Constitución, en sentido parecido al visto, se han defendido también desde posiciones políticas bien diferentes. Es preciso destacar en este sentido las ideas de Mortati, expuestas sobre todo en una obra de 1940 dedicada al tema de la Constitución en sentido material.³¹ Para este autor, no cabe imaginar existente una unidad social coincidente en su extensión con el Estado; las solemnes proclamaciones que afirman que el derecho emana del pueblo solo tienen valor político, ya que “desde el punto de vista jurí-

²⁹ *Ibidem*, p. 97.

³⁰ En este sentido, Aja, E., “Introducción”, en *¿Qué es una Constitución?*, *cit.*, p. 19. Como señala este autor, si bien Marx era también partidario de la lucha por el sufragio universal, estaba lejos de considerarlo una panacea, y lo inscribía en una estrategia que daba mucha importancia a la lucha obrera. Por lo demás, destaca Aja que “Lassalle concebía al Estado como un instrumento cuyo fin era promover el bien general de la nación, frente a la concepción marxista del Estado de clase”.

³¹ Mortati, C., *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940. A esta obra, y a otras posteriores en relación con el concepto de Constitución material, me he referido con más detalle en “Algunas ideas...”, *cit.*

dico, es la voluntad incondicionada de determinados órganos la que vale como única manifestación legal del ente proclamado soberano”.³² De esta forma, la fuerza política, sobre cuya base algunos ejercitan sobre otros un poder para recibir obediencia, es condición del surgir del Estado: una fuerza política dominante se impone, y es la base del orden jurídico. Entre los componentes del grupo dominante y los “extraños” hay una diferencia de posición jurídica: aquellos confieren a la fuerza dominante la validez, necesaria para el vigor jurídico. Quienes no forman parte de la fuerza dominante, forman la “masa inorganizada apolítica” y dan lugar a grupos representativos de ideologías diversas a la dominante.³³ La fuerza política es así elemento de la llamada Constitución originaria, que posee carácter jurídico y se relaciona con la Constitución formal; existen algunos elementos de orden que es necesario atribuir al poder originario, constitutivo del Estado, para que pueda asumir aspecto de entidad jurídica. En el Estado moderno es el partido el sujeto del cual emana la Constitución fundamental, configurándose como su elemento instrumental, necesario para establecer su contenido, su materia típica. El elemento material de la misma viene dado por la idea, esto es, por un fin, que comprende la apreciación unitaria de los intereses varios que se recogen en torno al Estado.³⁴

Aparentemente, el concepto de Constitución expuesto tiene un carácter sociológico o político, pero Mortati se esfuerza en negarlo, señalando su carácter jurídico: la función de aseguración de la validez de la Constitución por parte de las fuerzas políticas organizadas es de carácter jurídico; y los fines generales del ordenamiento establecidos como obligatorios por la fuerza política dominante —que son contenido propio de la Constitución material— poseen también carácter normativo.³⁵ La “Constitución

³² Mortati, C., *La Costituzione in...*, pp. 73-74.

³³ *Ibidem*, pp. 75-79.

³⁴ *Ibidem*, pp. 83-88. Para Mortati, los partidos asumen una organización que pone como elemento predominante una idea política general, esto es, asumen como propia una concepción general, comprensiva de la vida del Estado en todos sus aspectos, y tienden a traducirla en la acción concreta estatal, con exclusión de las concepciones contrastantes.

³⁵ Mortati, C., *La Costituzione in...*, pp. 88 y ss.

material” no es la Constitución originaria, sociológica, sino un sistema positivo que comprende la disciplina de todas las relaciones relevantes y que reúne en una determinada especie de unidad todos los elementos del Estado. Este sentido de Constitución comprende conjuntamente las fuerzas políticas y los fines de los cuales son portadoras, y que inspiran el complejo normativo: forma el elemento constante, el límite absoluto de toda mutación constitucional y determina con su caída, la caída misma del Estado, que no puede reconocerse jurídicamente fuera de una forma particular.³⁶ El elemento distintivo de la Constitución reside en la consideración, junto a las fuerzas sociales capaces de la acción de impulso y de coacción que ha necesitado para surgir y desarrollarse, del principio directivo de esta acción, capaz de reunir, armonizándolos, el elemento estático y el dinámico.³⁷

El concepto descrito de “Constitución material”, que ha tenido una influencia posterior muy destacada, sobre todo en Italia, concede un papel preponderante a los elementos políticos y sociológicos, pese a que Mortati insista en demostrar su carácter jurídico. No puede negarse la relevancia de los factores sociológico-políticos, de las fuerzas políticas dominantes o de los “factores reales de poder” como origen de la Constitución e instrumento necesario para su vigencia “real”; de manera que constituyen un elemento de interés en el estudio de la Constitución y en el de su aplicación. Pero, en mi opinión, una cosa es admitir la relevancia de esos factores y de los fines propios de las fuerzas políticas y otra “juridificar” esos fines por encima de la Constitución formal, convirtiéndolos en la “auténtica” Constitución. Por lo demás, la concepción subyacente en la idea de la “fuerza dominante”, que se impone a las restantes fuerzas políticas, parece reflejar una especie de “darwinismo político” —o jurídico-político— totalmente inadmisibles. La insistencia en la importancia del partido dominante, como parte de la Constitución originaria e instrumento de la Constitución material, es significativa en el contexto de la dictadura fascista —cabe recordar que la obra de Mortati es de 1940—.

³⁶ *Ibidem*, pp. 219-220.

³⁷ *Ibidem*, pp. 226-227. Por ello, para Mortati el fundamento de la Constitución no puede apoyarse en una norma anterior, pero tampoco puede considerarse que la misma esté sustraída al derecho y basada en el mero hecho.

4. Un último concepto material de Constitución sería el que podemos denominar “concepto decisionista”. Como es sabido, el mejor exponente del mismo se encuentra en la obra de C. Schmitt,³⁸ y en concreto en lo que él denomina “concepto positivo de Constitución”. Parte de la distinción entre “Constitución” y “ley constitucional”; la Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente, “es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, *adopta por sí misma y se da a sí misma*”. En cambio, las leyes constitucionales valen a base de la Constitución y presuponen una Constitución: la ley constitucional “necesita para su validez en último término una decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente”.³⁹ Para Schmitt, la distinción entre Constitución y ley constitucional es posible “porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica”.⁴⁰

La idea esencial del concepto schmittiano de Constitución es la de *decisión política*. Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución weimariana son:⁴¹ la decisión a favor de la democracia; la decisión a favor de la república y contra la monarquía; la decisión a favor de una estructura de forma federal del Reich; la decisión a favor de una forma fundamentalmente parlamentario-representativa de la legislación y el gobierno; la decisión a favor del Estado burgués de derecho con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes. Ahora bien, junto a estas decisiones, la Constitución contiene también fórmulas de compromiso respecto a otras decisiones políticas fundamentales que eran ineludibles, como la opción entre ordenación burguesa o socialista de la sociedad; aunque, mientras que no se extrajeron las consecuencias políticas de los principios del socialismo,

³⁸ Especialmente en Schmitt, C., *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre, 1928)*, trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1982 (reimp., 1992).

³⁹ Schmitt, C., *Teoría de la Constitución, cit.*, p. 46.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 47.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 47-48.

la sustancia de la Constitución de 1919 estriba en que adopta de manera clara e indistinta las decisiones políticas fundamentales sobre la forma política y los principios del Estado burgués de derecho.⁴²

En todo caso, este concepto de Constitución, y su distinción con la “ley constitucional”, posee importantes consecuencias, que el propio Schmitt señala;⁴³ entre otras, pueden destacarse:

- a) pueden reformarse las leyes constitucionales, pero no la Constitución como totalidad;
- b) la Constitución es intangible, mientras que las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción (que según el art. 48.2 de la Constitución de Weimar, podía tomar el presidente del Reich);
- c) pueden admitirse amplias intervenciones en el campo de los derechos fundamentales garantizados, pero tan pronto como el derecho fundamental es *negado*, la Constitución misma queda vulnerada, y
- d) el conflicto constitucional, el juramento de la Constitución o la alta traición deben entenderse referidos a la Constitución como decisión política fundamental, y no a la ley constitucional.

La teoría decisionista de Schmitt tiene la virtud de poner de manifiesto la importancia de la decisión política, y en definitiva, la relevancia del factor poder en el estudio de la Constitución. Esta expresa, en efecto, las decisiones políticas fundamentales del titular del poder constituyente; y, en ese momento constituyente, la voluntad política no está sometida a normas, de manera que la Constitución se configura así como una obra del poder y en él tiene su sustento. La Constitución no encuentra su justificación en norma alguna, de manera que su validez se apoya en el hecho de ser obra del poder constituyente —y en definitiva, su vigencia efectiva necesita también del poder—. Esta idea supone separarse del rígido formalismo kelseniano, que es una teoría en la cual el concepto de poder está intencionadamente ausente.

⁴² *Ibidem*, pp. 53 y ss.

⁴³ *Ibidem*, pp. 49 y ss.

Pero dicho lo anterior, hay que destacar que los riesgos de un concepto decisionista de la Constitución son claros. Al considerar que son “auténtica Constitución” solo las decisiones políticas fundamentales y no todos los preceptos de la ley o leyes constitucionales, se produce un auténtico “desdoblamiento” de la Constitución en sentido jurídico-formal. Ello provoca que todos los preceptos que no constituyen “decisión fundamental” están realmente subordinados a esas decisiones, ocupando un segundo plano de casi absoluta irrelevancia. El concepto decisionista desprecia el carácter jurídico de la Constitución, en favor del carácter político de ciertas decisiones. Todo ello implica una construcción inadmisibles desde nuestra perspectiva actual. E incluso en el contexto de la Constitución de Weimar, no hay que olvidar el riesgo del decisionismo, que justificaba la “dictadura” del presidente del Reich prevista en su artículo 48, en defensa de la Constitución-decisión política,⁴⁴ incluso a costa de sacrificar las leyes constitucionales que no fueran expresión de esta. No se trata de una justificación directa para lo que sucedería en Alemania en los años treinta —ya hemos visto que Schmitt consideraba que la democracia y los derechos estaban entre las “decisiones políticas fundamentales” de Weimar—, pero sí de una base que, utilizada luego en contra de su finalidad, permitiría la desmantelación del propio régimen weimariano.

3. RELACIONES ENTRE LOS CONCEPTOS FORMAL Y MATERIAL. ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Los conceptos que acabamos de exponer no son incompatibles entre sí, sino que, al contrario, pueden complementarse a la hora de definir la Constitución. Como ha señalado Espín, “una Constitución en sentido jurídico formal suele cumplir con la definición de una Constitución en sentido material —regular el funcionamiento del Estado y sus relaciones con los ciudadanos— y puede igualmente cumplir con las exigencias del concepto garantista de

⁴⁴ Con más detalle, sobre la función del presidente del Reich como guardián de la Constitución, en relación con el art. 48.2 de la Constitución de 1919, puede verse Schmitt, C., *Defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, en especial pp. 187 y ss.

Constitución (limitar el poder del Estado y garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos)”.⁴⁵

En efecto, y sobre todo si tenemos en cuenta las constituciones actuales, es innegable que la mayoría de ellas son una norma jurídica suprema, que regula los aspectos esenciales de la estructura del Estado, sus relaciones con los ciudadanos y normalmente los modos de producción o fuentes del derecho, habitualmente en el sentido de establecer un sistema democrático, basado en la separación de poderes y en el reconocimiento de los derechos fundamentales. La Constitución formal es además reflejo de los “factores reales de poder” y contiene las “decisiones políticas fundamentales” tomadas por el poder constituyente.

Por otro lado, la habitual presencia de principios y valores de contenido material en la Constitución formal relaciona ambos conceptos, ya que un análisis jurídico-formal no puede obviar esos contenidos materiales. De esta manera, incluso el concepto más formal de Constitución ha de analizar el significado jurídico de los valores y principios constitucionales, entrando en la precisión de conceptos como Estado social y democrático de derecho, libertad, justicia, igualdad o dignidad, por ejemplo. La axiología ha entrado sin duda en el texto de la Constitución. Y es que hay que tener en cuenta que si esta se configura como norma jurídica suprema, es con la finalidad de proteger especialmente ciertos contenidos y, en definitiva, para garantizar los derechos y la separación de poderes.

Por ello, se ha señalado que “esta doble aproximación formal y material a la Constitución no tiene en la actualidad otro valor que el visualizar distintos planos para facilitar el análisis”,⁴⁶ haciendo que la distinción sea hoy relativamente inútil.

Sin embargo, en mi opinión, la distinción entre Constitución formal y Constitución material sigue teniendo sentido, aunque no deba entenderse de forma radical. Es cierto que la mayoría de las constituciones actuales —y desde luego la española—, además

⁴⁵ Espín, E., *Lecciones...*, cit., p. 87.

⁴⁶ Asensi Sabater, J., *La época constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 236.

de ser textos normativos escritos, de rango supremo, contienen básicamente la regulación de los poderes del Estado, las relaciones de este con los ciudadanos, y los modos de producción del derecho; regulación que está basada normalmente en el principio democrático y que tiene como finalidad la garantía de la separación de poderes y de los derechos. Asimismo, ha de reconocerse que probablemente es inasequible la tarea de establecer un concepto de Constitución universalmente válido en el tiempo y en el espacio; y ni siquiera resulta fácil un concepto único aplicable a todas las que podríamos denominar “constituciones en sentido estricto”, esto es, las surgidas tras el inicio del constitucionalismo a finales del siglo XVIII.

Pero debe intentarse al menos un concepto de Constitución aplicable a los sistemas constitucionales actuales de nuestro entorno político y cultural, aunque probablemente en este concepto no pueda prescindirse del todo ni de los elementos formales ni de los materiales. En todo caso, es necesario responder a cuestiones como si *son* Constitución, por ejemplo, los preceptos de la ley fundamental que no se refieren a lo que antes hemos denominado “materias constitucionales” o que no constituyen “decisiones políticas fundamentales”; o las normas no contenidas en dicha ley fundamental que, sin embargo, regulan dichas materias constitucionales; o la regulación de las “materias constitucionales” cuando la misma no está contenida en una ley formalmente suprema, o ni siquiera en una o varias leyes escritas; o los textos jurídico-normativos de rango supremo que no garantizan suficientemente el principio democrático, la separación de poderes o los derechos fundamentales; o los “factores reales de poder” con independencia —y por encima— de su traducción normativa. Y la suma del criterio formal y todos los criterios materiales considerados si se tienen en cuenta todos ellos esenciales y definitorios, o no dan respuesta suficiente a estas cuestiones, o configuran un concepto de Constitución tan exageradamente restrictivo, que quedaría fuera de él normas que casi de forma unánime se consideran “Constitución”.

Con estas premisas, desde luego aquí se defiende la Constitución como norma jurídica suprema. Carácter jurídico y superioridad serían así rasgos definitorios del concepto de Constitución aplicable en nuestros días, en los sistemas occidentales de nuestro

entorno. Ahora bien, como antes señalé, las ideas apuntadas por los diversos conceptos materiales no son en modo alguno irrelevantes para el concepto y significado de la Constitución. Cabe reiterar que en la inmensa mayoría de los supuestos, esos contenidos materiales forman parte de las constituciones, entendidas como normas jurídicas supremas; y, en todo caso, su consideración es muy importante para el derecho constitucional como disciplina científica, o bien para el estudio de la propia Constitución. Ahora bien, no todos los elementos materiales tienen la misma trascendencia a la hora de definir la Constitución. Desde mi punto de vista, solo la garantía de los derechos y de la separación de poderes —a los que hoy habría que añadir el principio democrático como elemento irrenunciable que se ha puesto de manifiesto en el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho—⁴⁷ son elementos irrenunciables de una Constitución.

Como consecuencia de todo lo dicho, pueden apuntarse sintéticamente las siguientes ideas:

- a) La Constitución es la norma jurídica suprema de un Estado, pero no toda norma jurídica suprema de un Estado puede tener la misma valoración.
- b) La única finalidad que legitima a una Constitución es la garantía de la separación de poderes, los derechos y el principio democrático.
- c) La presencia habitual de valores y de contenidos materiales en la Constitución hace imposible un análisis puro y exclusivamente formal de esta; o, en otras palabras, el concepto formal de Constitución está actualmente penetrado de elementos materiales.
- d) La regulación de los poderes del Estado, de las relaciones entre este y los ciudadanos, y de las fuentes de producción normativa, son el contenido habitual de las constituciones y constituyen —junto al propio texto constitucional— el objeto material de estudio de la disciplina denominada “derecho constitucional”.
- e) Los “factores reales de poder” y, en general, los elementos políticos, son ajenos a la definición de la Constitución,

⁴⁷ A esta idea me he referido en Díaz Revorio, F. J., “El valor histórico de la Constitución...”, *cit.*, pp. 18 y ss.

aunque su estudio y análisis es complementario para el derecho constitucional, que no debe obviar la relevancia de esos factores.

Me parece que los elementos señalados dan una buena idea de lo que debe entenderse por Constitución en la mayoría de los sistemas occidentales de nuestros días. Las exigencias jurídico-formal y garantista deben sumarse, mientras que el resto de los aspectos materiales, sociológicos o políticos, siendo relevantes, no son definitorios.

Esto dejaría fuera del concepto de Constitución a los modelos que carecen de un texto normativo fundamental, pero también —y seguramente sobre todo— a los que no garantizan los valores fundamentales del constitucionalismo. Por poner dos ejemplos conocidos, ni Cuba ni el Reino Unido tendrían una Constitución en sentido propio. Pero la valoración de ambos difícilmente puede ser la misma. En el primer caso, a pesar de existir una norma jurídica suprema, hay problemas para equiparar el sistema constitucional a los propios del constitucionalismo occidental. Por lo demás, sin negar acaso cierta virtualidad limitadora a la circunstancia de tener una “Constitución” formal, lo cierto es que la misma no responde suficientemente a los valores constitucionales; además, incluso desde el punto de vista de la garantía de su supremacía jurídico-formal, las carencias son notorias.⁴⁸

En cambio, el sistema constitucional británico es en general equiparable en su axiología y su finalidad a los restantes modelos occidentales. Podría afirmarse que la “Constitución inglesa”, aun no constando en un único texto escrito, cuyo superior rango esté garantizado, tiene carácter jurídico en cuanto se considera que establece límites vinculantes para los poderes, y en este mismo sentido, ostenta una supremacía que si bien no es de carácter formal, sí es tal desde un punto de vista material; y en cuanto a su función de garantía de la separación de poderes y de los derechos, esta parece indiscutible, hasta el punto de que dicha garantía parece ser en el sistema inglés un elemento esencial o

⁴⁸ Esa idea queda al menos sugerida incluso en trabajos de autores cubanos, como Tamayo Pineda, N., “La evolución del control de constitucionalidad en Cuba. Rasgos y proyecciones”, tesis doctoral, inédita.

definitorio (si los textos, costumbres y resoluciones judiciales que conforman la “Constitución inglesa” no establecieran esa garantía como limitación del poder, difícilmente podría hablarse de “Constitución”). Por ello, el sistema británico tiene Constitución en sentido material-garantista, aunque no desde luego en un sentido estrictamente jurídico-formal. Como ha destacado De Otto, no todo ordenamiento tiene Constitución, y no la hay si la creación de derecho no está sometida a su vez a normas, como sucede en el sistema de soberanía del Parlamento. En este sentido, “es posible decir que no tienen Constitución Estados que son constitucionales en el sentido de que su estructura y funcionamiento obedecen a las exigencias del constitucionalismo como movimiento político, pero en los cuales no se utiliza la técnica concreta de establecer una norma suprema con la que quepa enjuiciar tanto la legislación como cualquier otra función del Estado”.⁴⁹

En fin, procede ahora analizar con más detalle algunos de los elementos apuntados, así como otros aspectos necesarios para un adecuado entendimiento del concepto de Constitución.

4. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA SUPREMA

Según he tenido ocasión de señalar, los rasgos esenciales y definitivos de la Constitución son el tratarse de la norma jurídica suprema de un Estado, que garantiza la separación de poderes, el principio democrático y los derechos fundamentales. Desde el punto de vista jurídico, conviene ahora analizar brevemente la primera de estas ideas, así como preguntarse por sus fundamentos y garantías.

⁴⁹ Otto, I. de, *Derecho constitucional...*, cit., p. 15. En similar sentido, J. Asensi Sabater, afirma que “[n]ormas de origen consuetudinario así como prácticas y convenciones no escritas, como ocurre en buena medida con la Constitución inglesa, pueden conformar una regulativa constitucional en sentido material, pero aparte de lo que en ello hay de excepción, resulta necesaria la exigencia formal de un soporte documental y textual para fundamentar en nuestros días un concepto moderno de Constitución como norma suprema”, Asensi Sabater, J., *La época...*, cit., p. 238.

En realidad, el carácter de norma jurídica y el rango supremo de la Constitución aparecen estrechamente relacionados. La Constitución es una norma porque establece con carácter general y abstracto reglas de conducta, es decir, mandatos, prohibiciones y autorizaciones,⁵⁰ dirigidos en primer lugar a los poderes públicos, pero también a los ciudadanos. Y es jurídica en cuanto que el ordenamiento dispone una respuesta a su violación, en forma de sanción.⁵¹ El significado de la Constitución como norma jurídica viene expresado en el artículo 9.1 del texto constitucional español: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución [...]”; y, en caso de infracción de la misma, existe una respuesta en forma de sanción. Y el rango supremo de la norma constitucional se traduce en que todas las demás normas del ordenamiento están sometidas a ella, de manera que es ilegítima cualquier infracción constitucional por parte de esas normas; lo que, como es fácil de apreciar, se relaciona con el propio carácter jurídico de la Constitución.

Conviene precisar alguna de las ideas expuestas. En relación al concepto de sanción, hay que indicar que la misma es posible porque la Constitución está respaldada, como el resto del ordenamiento jurídico, por el aparato coactivo del Estado (aunque, a efectos constitucionales, es preferible utilizar el término sanción jurídica que el de coacción, como garantía del cumplimiento de la norma constitucional). Pérez Royo ha señalado que el ordenamiento jurídico descansa en el cumplimiento espontáneo por parte de los ciudadanos de la casi totalidad de sus normas, ya que incluso el Estado mejor organizado únicamente podría imponer

⁵⁰ Seguimos en este aspecto a Guastini, R., *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 18 y ss., para quien “norma” en sentido estricto —norma regulativa o prescriptiva— sería todo enunciado que expresa una regla de conducta, y más precisamente con carácter general y abstracto; existiendo tres tipos de reglas de conducta: mandatos, prohibiciones y autorizaciones. En un sentido amplio, “norma” sería todo enunciado que, aun no expresando una regla de conducta en sentido estricto, pueda reconducirse a la función de guía del comportamiento —en este sentido, se incluirían en esta categoría todos los enunciados del discurso legislativo—.

⁵¹ Este es el criterio distintivo de las normas jurídicas en relación con otras normas propuesto por Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, pp. 113 y ss.

de manera coactiva entre 5 y 7% de sus normas, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado tiene necesidad de la coacción para mantenerse, pero no puede descansar en la idea de coacción. Y menciona Pérez Royo como ejemplo equiparable el de las reservas bancarias, que son suficientes en circunstancias normales, pero dejan de serlo si se produce una falta de confianza en el banco y los clientes deciden retirar masivamente sus depósitos.⁵² Esta idea podría trasladarse al concepto de Constitución como norma jurídica, afirmando que si la misma no es adecuada para el sistema político y la sociedad a la que va destinada, de nada servirían las sanciones existentes en caso de incumplimiento, pues si dicho incumplimiento es generalizado dichas sanciones se mostrarían claramente insuficientes.

Y, desde luego, puede admitirse que esta idea es cierta, pero su consecuencia es simplemente que los textos constitucionales han de resultar adecuados a la realidad político-social que pretenden regular —sin perjuicio de que, en todo caso, la Constitución expresa un deber-ser— y no que su carácter jurídico pueda basarse exclusivamente en dicho cumplimiento espontáneo. Al contrario, me parece que el carácter jurídico de una norma deriva de la sanción que el ordenamiento —considerado como un todo— establece en caso de incumplimiento y en la posibilidad de que tal sanción se imponga en dicho supuesto. Por retomar el ejemplo mencionado, si bien es cierto que una retirada masiva de fondos supondría la quiebra de un banco, esta misma idea pone de manifiesto que la estabilidad del propio sistema bancario radica en la confianza o en la creencia de que el banco siempre dispondrá de los fondos que en él se han depositado. De la misma manera, el carácter jurídico de una norma radica en la sanción, pero, desde luego, no requiere necesariamente su imposición —lo normal es el cumplimiento espontáneo—, sino que la estabilidad y efectiva vigencia del sistema jurídico —y, en concreto, de la Constitución— descansa en la creencia o confianza de que su infracción será sancionada.

En cuanto a la vinculación de la Constitución a poderes públicos y ciudadanos —consecuencia de su carácter jurídico—,

⁵² Pérez Royo, J., *Curso de derecho...*, cit., p. 92.

si bien puede afirmarse con carácter general,⁵³ deben hacerse también algunas precisiones.⁵⁴ En primer lugar, y por lo que se refiere a los poderes públicos, aparecen vinculados a la Constitución en un doble sentido: de manera negativa, en cuanto que no pueden transgredir sus preceptos, pero también de forma positiva, ya que los textos constitucionales actuales contienen una serie de mandatos de actuación, e incluso más allá de esos mandatos concretos, los poderes públicos deben hacer realidad los valores y principios constitucionales, lo que implica una actuación positiva, en muchos casos de carácter progresivo, en el sentido de que el objetivo nunca queda completamente alcanzado. Un buen ejemplo en este sentido es el artículo 9.2 de la Constitución española, que impone a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas.

Deben reconocerse las dificultades para garantizar jurídicamente los mandatos constitucionales de actuación positiva; dificultades que alcanzan el máximo nivel en el caso de lo que podría denominarse “normas programáticas”. Pero, sin que pueda ahora extenderme en este punto, puede apuntarse que —sin perjuicio de los controles políticos que siempre son posibles frente a la inactividad de los poderes públicos— debe reconocerse el carácter jurídico a estos mandatos. Además de provocar la inconstitucionalidad de cualquier actuación frontalmente contraria a los mismos, existen algunos mecanismos jurídicos que en algunos supuestos permiten el control de la inactividad de los poderes públicos; puede citarse, por ejemplo, la posibilidad de aplicación directa de los derechos fundamentales en los casos concretos cuando falta un desarrollo legislativo de los mismos.⁵⁵ Y si bien en ciertos casos la posibilidad de control jurídico de la inactivi-

⁵³ En este sentido, por ejemplo, García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional...*, cit., pp. 63-64.

⁵⁴ A esta cuestión me he referido más ampliamente, en relación con los valores constitucionales —aunque las reflexiones allí realizadas son aplicables con carácter general—, en *Valores superiores...*, cit., pp. 172 y ss.; no me extenderé ahora en este punto.

⁵⁵ Reconocida por el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en STC 15/1982 (en relación con la objeción de conciencia); 216/1991 (exclusión de la mujer del Ejército); 31/1994 y otras posteriores (en relación con la creación de algunos medios de comunicación).

dad es más difícil —o incluso puede estar excluida por la Constitución—, ello no implica en modo alguno la ausencia de carácter jurídico de los preceptos que establecen esos mandatos de actuación positiva, pues en todo caso permanecerían los efectos del carácter de norma suprema, provocando la ilegitimidad de cualquier norma contraria a los mismos. Así sucede, por ejemplo, con los “principios rectores de la política social y económica” del capítulo III del título I de la Constitución española: si bien el artículo 53.3 excluye que puedan actuar como derechos subjetivos si no media la intervención legislativa —creo que ese es el correcto sentido de ese precepto—, ello no excluye su carácter y eficacia jurídica, que —dejando ahora de lado su relevante función interpretativa— se manifiesta como mínimo en su capacidad para actuar como parámetro de cualquier norma infraconstitucional. En suma, aun reconociendo las peculiaridades de ciertas normas constitucionales en cuanto a su vinculación positiva o a su grado concreto de eficacia, debe afirmarse rotundamente el carácter jurídico de *todos* los preceptos contenidos en la Constitución.

Por lo que se refiere a los ciudadanos, debe reconocerse que parte de los preceptos constitucionales no parecen resultarles aplicables, ya que van dirigidos expresamente a los poderes públicos. Pero, considerada globalmente, la Constitución actúa como límite negativo (con la excepción de aquellos supuestos en los que se establecen deberes concretos, como los arts. 30 y 31), de manera que también la actuación de estos está sometida con carácter general a la Constitución,⁵⁶ pudiendo incurrir en inconstitucionalidad si infringe los preceptos constitucionales. En tales supuestos, el ordenamiento prevé diversas sanciones: así, los derechos fundamentales vinculan con carácter general a los ciudadanos a una actuación no vulneradora de los mismos, y el ordenamiento establece sanciones en ciertos supuestos —como ejemplo claro, las normas que castigan penalmente las actuaciones de particulares contra la vida, la libertad religiosa o el honor—; del

⁵⁶ Sobre la diferente vinculación de ciudadanos y *titulares* de los poderes públicos a la Constitución, STC 101/1983, y otras posteriores en el mismo sentido. Al tema me he referido también en “Los deberes constitucionales”, en *Materiales para el estudio del derecho constitucional*, disponible en www.iustel.com

mismo modo, creo que actos jurídicos como contratos o estatutos de sociedades podrían también ser inconstitucionales.

Pero el carácter jurídico de la Constitución va indisolublemente unido a su superioridad jerárquica sobre el resto del ordenamiento. Y es este el elemento que distingue a la Constitución del resto de las normas jurídicas. Como se ha destacado,⁵⁷ esta superioridad jerárquica se traduce, por una parte, en una “superlegalidad formal”, que implica formas reforzadas de modificación constitucional, es decir, la rigidez de la norma constitucional; y, por otra, en la “superlegalidad material”, que es la que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento. Por lo demás, la supremacía constitucional se manifiesta, por un lado, en la determinación formal de cómo deben crearse y funcionar los poderes públicos y, por otro, en la supremacía material; de forma que la Constitución se configura a la vez como norma *habilitadora* de la actividad de los poderes públicos y como *límite* a su actuación.⁵⁸

Conviene detenerse en los fundamentos de la superioridad constitucional sobre el resto del ordenamiento —entendida ahora en un sentido amplio, comprensivo de todos los elementos apuntados—. Al respecto, podrían apuntarse los siguientes:

1. La ley suele reconocer la superioridad de la Constitución. Pero, como fácilmente puede suponerse, ello no permite fundamentar la superioridad de la Constitución, sino que más bien parece un corolario o consecuencia de la misma, que simplemente pone de manifiesto que la ley, en general, acepta o presupone la supremacía de la Constitución.
2. También podría fundamentarse esa supremacía en la rigidez constitucional, hoy presente en la inmensa mayoría de los textos constitucionales. En efecto, un procedimiento agravado de reforma y distinto al de las leyes ordinarias permite que estas no puedan modificar la Constitución, y en definitiva, se consideren sometidas a ella. Pero de nuevo, no parece que ello pueda fundamentar ese carácter

⁵⁷ Por ejemplo, García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional...*, cit., p. 50.

⁵⁸ López Guerra, L., *Introducción...*, cit., pp. 53-54.

supremo, sino que más bien es una garantía del mismo. Y en realidad, teóricamente la rigidez constitucional no es necesaria para que la Constitución se configure como norma suprema, siempre que se exija que la reforma de la Constitución se haga de manera expresa, permitiendo así identificar la norma constitucional; de manera que en última instancia, la rigidez constitucional no obedece tanto al principio de supremacía formal como a la exigencia de estabilidad de sus normas.⁵⁹ Aunque en mi opinión, la rigidez constitucional garantiza mejor la supremacía de la Constitución, y no tanto porque permita distinguir la ley ordinaria de la ley de reforma constitucional —para ello bastaría, como he indicado, que la reforma fuera expresa—, sino porque separa en la práctica el poder de reforma del poder legislativo.⁶⁰

3. Otro tanto podría decirse de la existencia de una jurisdicción constitucional, que permite garantizar la supremacía constitucional. Cabría entender que la misma es una afirmación o fundamentación implícita de ese carácter supremo; pero ello sería “convertir el presupuesto en resultado”.⁶¹ Y es que, no es que quepa afirmar la supremacía de la Constitución porque existe Tribunal Constitucional, sino que este existe porque la Constitución es la norma suprema, y es necesaria la garantía de tal supremacía.
4. También puede entenderse que el carácter de norma suprema de la Constitución deriva de su misma función de *norma normarum*, es decir, de su función reguladora de los órganos y los procedimientos de producción de todas las demás normas jurídicas, del establecimiento de las fuentes del derecho. Desde luego, esta función presupone que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento;

⁵⁹ En este sentido, Asensi Sabater, J., *La época...*, cit., p. 253.

⁶⁰ Me he referido con mayor amplitud a las relaciones entre rigidez y supremacía constitucional en “Consideraciones sobre la reforma de la Constitución española desde la teoría de la Constitución”, en Vera Santos, José Manuel y Díaz Revorio, F. J. (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, Madrid, La Ley, 2009, pp. 594 y ss.

⁶¹ Otto, I. de, *Derecho constitucional...* cit., p. 24.

pero, a mi juicio, no permite fundamentar esta idea. En realidad, el carácter de la Constitución como *norma normarum* es el fundamento de la validez de las restantes normas jurídicas, pero no de la propia Constitución. Ciertamente, si el fundamento de las restantes normas jurídicas se encuentra en la Constitución, esto supone una afirmación implícita de la superioridad de esta. Pero dicha afirmación implícita, este presupuesto, no encuentra aquí su fundamentación, porque ello equivaldría a afirmar que tal carácter permite al tiempo fundamentar la validez de las normas inferiores a la Constitución y la de la propia Constitución. Y no parece que esta pueda fundamentarse en sí misma.

5. Por las mismas razones, no puede buscarse el fundamento del carácter supremo en una eventual afirmación del mismo en la propia norma constitucional. Tal afirmación se encuentra, en el texto fundamental, en el artículo 9.1. Pero inmediatamente debe reiterarse que el fundamento de la superioridad de una norma no puede encontrarse en esa misma norma. Como se ha señalado, “el carácter supremo de la Constitución es presupuesto de la validez del artículo 9.1”.⁶²
6. Consciente de ese problema, la teoría kelseniana busca la fundamentación del carácter supremo de la Constitución en la existencia de una “norma fundante básica”, que fundamenta en último término la validez del ordenamiento en su conjunto, ya que las restantes normas encuentran el fundamento de su validez siempre en la norma superior.⁶³ Una sentencia judicial encuentra el fundamento de su validez en la ley penal, y esta en la Constitución. A su vez, esta puede encontrar el fundamento de su validez en una Constitución anterior, hasta llegar a una Constitución que es históricamente la primera. La validez de esta Constitución primera deriva de esa norma fundamental, que “prescribe que debe uno conducirse en la forma en que lo

⁶² Otto, I. de, *Derecho constitucional...*, cit., p. 25.

⁶³ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...*, cit., pp. 201 y ss.; y *Teoría general del derecho y del Estado...*, cit., pp. 129 y ss.

ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución”. De esta forma, todas las normas jurídicas “pertenecen a uno y al mismo orden legal en cuanto su validez puede ser referida —directa o indirectamente— a la primera Constitución. Presupóngase que esta es una norma jurídica obligatoria, y la formulación de tal supuesto constituye la norma básica de ese orden jurídico”. Por tanto, la norma básica de un orden jurídico establece que hay que conducirse en la forma prescrita por los “padres” de la Constitución y por los individuos directa o indirectamente facultados por la Constitución misma.⁶⁴ Puesto que el fundamento de la validez de una norma solo puede ser nuevamente una norma, el presupuesto de la validez de la Constitución primera no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta; es decir que “la validez de esa Constitución, el suponer que es una norma obligatoria, tiene que ser *presupuesta*”.⁶⁵ Por tanto, la norma fundante básica es un presupuesto lógico, que no supone la afirmación de ningún valor trascendente al derecho positivo; es una norma lógicamente imprescindible para la fundamentación de la validez de las normas jurídicas positivas; no es una norma querida, sino una norma pensada. La ciencia jurídica no se arroga ninguna autoridad normadora al establecer dicha norma básica.⁶⁶

La teoría de la norma fundante básica como presupuesto fundamentador de la validez de la Constitución plantea no pocas cuestiones, que no pueden quedar aquí sino brevemente apuntadas. En primer lugar, podría señalarse que esa norma fundante debe encontrar, a su vez, un fundamento para su validez, con lo cual la conexión entre unas y otras normas se extendería al infinito. Como hemos visto, Kelsen supera esta objeción señalando que la “norma fundante” no es una norma derivada de autoridad

⁶⁴ Kelsen, H., *Teoría general...*, cit., pp. 135-136; y, en sentido similar, *Teoría pura...*, cit., pp. 207-208.

⁶⁵ Kelsen, H., *Teoría pura...*, cit., p. 208.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 208 y ss.

alguna, sino una norma puramente presupuesta, cuyo significado es simplemente que debe acatarse lo dispuesto por los “padres” de la Constitución y por las autoridades facultadas por la propia Constitución —es decir, ha de acatarse y cumplirse lo dispuesto en la Constitución y en las normas que encuentran en ella su validez—. Pero la pregunta entonces subsistente sería: ¿por qué ha de cumplirse lo dispuesto en la Constitución —y en el resto del ordenamiento—? Y a esta cuestión el positivismo solo puede responder afirmando: “porque la validez de la Constitución (y, en definitiva, la del resto del ordenamiento) se presupone”. Lo que conlleva la afirmación del derecho por el derecho, la fundamentación de la validez del completo ordenamiento en sí mismo, en que se presupone tal validez. De Otto lo ha expresado con claridad: llegados a la norma que está en la cúspide del ordenamiento y que ya no puede encontrar su fundamento en ninguna otra superior, la fundamentación de su validez y superioridad ya no puede hacerse desde el derecho positivo; no es, por tanto, una cuestión propia de un saber que tenga por objeto el derecho positivo, porque para este “la validez del ordenamiento en su conjunto es algo que hay que dar por supuesto o presupuesto, pues lo que interesa es su ser, su contenido, no el fundamento meta-jurídico sobre el que se apoya”.⁶⁷

Y probablemente haya que aceptar esta conclusión si no se quiere buscar una fundamentación metajurídica, próxima a posiciones iusnaturalistas que aquí no se comparten. Pero también debe reconocerse que la teoría kelseniana deja intencionadamente al margen el concepto de poder, que probablemente permita justificar la supremacía de la Constitución.

7. La Constitución es norma suprema porque es obra del poder constituyente, que es una manifestación del poder

⁶⁷ Otto, I. de, *Derecho constitucional...*, cit., p. 26. Añade este autor: “la Constitución española es la norma suprema del ordenamiento jurídico español porque así lo prescribe la norma estructural básica de ese ordenamiento; por qué esa norma puede prescribir tal cosa es pregunta sin respuesta en el propio derecho positivo”.

soberano, un poder originario, creador y supremo, precisamente “el poder que es capaz de dotar a un pueblo de una Constitución o norma suprema sin que su autoridad proceda de ninguna norma previa o régimen político anterior”.⁶⁸ Este es, a mi juicio, el origen de la Constitución, y el fundamento de su validez. Y si este poder recae en el pueblo, este origen fundamenta también su legitimidad, o al menos su legitimidad “de origen” o “externa”. Aquí radica la clave para entender el carácter supremo de la Constitución; a diferencia de todas las demás normas, que son obra de poderes “constituidos” y, por tanto, sometidos a reglas de procedimiento y materiales en su actuación, y en definitiva limitados en mayor o menor medida, el poder constituyente no encuentra limitación jurídica en su actuación, su obra goza de supremacía sobre todas las demás.

Es verdad que desde un punto de vista estrictamente jurídico-positivo, puede entenderse que el propio concepto de poder es ajeno al análisis de las normas y, por tanto, a su fundamentación. En tal caso no cabe sino admitir que el carácter supremo de la Constitución se presupone. Pero su justificación no puede encontrarse sino en las especiales características del poder del que deriva. Y es que, como se ha destacado, el concepto de supremacía tiene un origen político, que traducido al ámbito jurídico expresa, ante todo, que las normas que emanan de ese poder superior son inmunes a cualesquiera otras normas o decisiones procedentes de los poderes constituidos.⁶⁹ Claro que cabría plantear el porqué, el fundamento de esas especiales características del poder constituyente, y entonces no cabría sino responder aludiendo a su carácter originario y, por consiguiente, no sometido a normas. Y esa ausencia de limitación jurídica obedece a que, desde el punto de vista lógico, no hay una norma previa al poder constituyente. De manera que esta fundamentación sirve para poner de relieve el carácter previo del poder respecto al derecho, aunque desde el punto de vista del análisis jurídico-formal esta conclusión se cuestionaría, porque el mismo excluye la consideración del poder como elemento de análisis.

⁶⁸ Espín, E., *Lecciones...*, cit., p. 80.

⁶⁹ Asensi Sabater, J., *La época...*, cit., p. 251.

En todo caso, los demás elementos apuntados no son irrelevantes porque una vez fundamentado el carácter supremo de la Constitución, hay que señalar que este no sería real y efectivo, sino una mera afirmación teórica, si no existiera una garantía del mismo, habitualmente representada por la jurisdicción constitucional, o más en general por el control de constitucionalidad de las normas de inferior rango; y tampoco quedaría suficientemente garantizado si la Constitución no estableciera elementos de rigidez en su reforma, de manera que pudiera ser modificada en la práctica por las leyes ordinarias.

En definitiva, y como ha destacado López Guerra, la posición de supremacía característica de la Constitución “representa una profunda transmutación, al verse afectados su forma de alteración (rigidez constitucional), sus mecanismos de protección (jurisdicción constitucional) y su relación con el resto de las normas del ordenamiento”.⁷⁰

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- , “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 1987.
- Asensi Sabater, J., *La época constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- Blanco Valdés, R., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991.
- Bryce, J., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, CEC, 1988.
- Díaz Revorio, F. J., “Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 102, 1998.

⁷⁰ López Guerra, L., *Introducción...*, cit., p. 54.

- , “Consideraciones sobre la reforma de la Constitución española desde la teoría de la Constitución”, en Vera Santos, José Manuel y Díaz Revorio, F. Javier (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, Madrid, La Ley, 2009.
- , “Estudio preliminar: el valor histórico de la Constitución”, en Díaz Revorio, F. J. (ed.), *Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*, Lima, Palestra, 2004.
- , “Los deberes constitucionales”, en *Materiales para el estudio del derecho constitucional*, disponible en www.iustel.com
- Espín, E., *Lecciones de derecho político*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983.
- Guastini, R., *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993.
- Hesse, K., “Concepto y cualidad de la Constitución” (“Begriff und Eigenart der Verfassung”, 1966), en *Escritos de derecho constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1992.
- Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, 2ª ed. alemana, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1978.
- Jiménez Asensio, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003.
- Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, 2ª ed., trad. de E. García Márquez, México, UNAM, 1958.
- Lassalle, F., *¿Qué es una Constitución?*, introducción de E. Aja, trad. y prólogo de W. Roces, Barcelona, Ariel, 1976.
- Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, 21ª ed., Barcelona, Ariel, 1976, p. 150.
- López Guerra, L., *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- Mortati, C., *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940.

- Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1988.
- Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, 11ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Rubio Llorente, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997.
- , “La Constitución como fuente del derecho”, en *La Constitución española y la fuentes del derecho*, Madrid, 1979.
- Schmitt, C., *Defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983.
- , *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre, 1928)*, trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1982 (reimp., 1992).
- Tamayo Pineda, Noris, “La evolución del control de constitucionalidad en Cuba. Rasgos y proyecciones”, tesis doctoral, inédita.

Los valores como fundamento de la Constitución

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 1.1 de la Constitución española, al señalar que el Estado propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, introduce expresamente en el derecho español el concepto de valor. Ciertamente, los valores de la Constitución han de ser objeto de un análisis prioritariamente jurídico,¹ pero en el mismo no cabe olvidar que “valor” es un concepto que, en el sentido que ahora nos interesa, tiene su origen en la filosofía.

En efecto, la décima acepción de esta palabra en el Diccionario de la Real Academia² viene precedida de la abreviatura “Fil.”, y se refiere a valor como “cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables”, añadiendo que “los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores”. Pues bien, no cabe encontrar en el diccionario una definición de “valor” de contenido estrictamente jurídico.³ Ello pone de manifiesto que

¹ En nuestro trabajo *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEC, 1997, hemos intentado realizar un análisis de estos valores superiores desde la perspectiva jurídico-constitucional.

² *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Real Academia Española, 1992.

³ Con la excepción de la 13ª acepción, usada solo en plural, y que define los valores como “[t]ítulos representativos o anotaciones en cuenta de participación en sociedades, de cantidades prestadas, de mercaderías, de depósi-

incluso partiendo de una perspectiva lingüística, el concepto de “valor” elaborado por la filosofía y las doctrinas sobre los valores procedentes de la filosofía —y en especial de la filosofía jurídica y política— tienen interés para cualquier otro análisis de los valores, y en concreto para el análisis jurídico-constitucional.

Algún autor ha puesto de manifiesto el “tono profesoral” que se aprecia en nuestro artículo 1.1, que tiene un lenguaje más filosófico que político: “Valores superiores suena a filosofía y quién sabe a través de cuántas mediaciones [...] nos remite a Nicolai Hartmann, y en consecuencia, a Scheler y, más allá, al panorama cultural alemán de finales de siglo”.⁴

Ciertamente, la mención constitucional a los valores parece evocar casi espontáneamente la llamada “filosofía de los valores”, de la que hablaré a continuación. Pero más allá de esta asociación de ideas, las distintas doctrinas sobre los valores procedentes de la filosofía jurídica y política tienen utilidad para el derecho constitucional, ya que pueden ayudar a entender el significado de los valores constitucionales, así como servir como base a cualquier intento de fundamentación de los mismos. Por lo demás, apuntan ideas para comprender el significado jurídico de la “superioridad” de los valores del artículo 1.1.

En fin, junto a las doctrinas filosóficas sobre los valores, en el presente trabajo me referiré también a la relación entre los valores y el concepto de “Constitución material”, que desde ciertos puntos de vista pone de relieve la presencia de elementos valorativos en la norma fundamental; aunque cabe aclarar desde este momento que el concepto más conocido de “Constitución material”, debido a Mortati, no hace referencia a los valores contenidos en el texto constitucional.

tos y de fondos monetarios, futuros, opciones, etc., que son objeto de operaciones mercantiles”. Pero obviamente esta definición, propia del derecho mercantil, no tiene nada que ver con el concepto de valor que ahora nos interesa.

⁴ Basile, S., “Los valores superiores, los principios fundamentales, y los derechos y libertades públicas”, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dir. por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1981 (reimp. 1988), p. 265.

La reflexión sobre cualidades del tipo que denominamos “valores” es, desde luego, antigua. Como se ha destacado, aunque la discusión sobre el término valor en el umbral del siglo xx sitúa a la filosofía en unas nuevas coordenadas, la reflexión sobre los contenidos materiales de los valores es tan antigua como el mismo razonamiento filosófico.⁵ Un repaso a toda su evolución excedería con creces el objeto del presente trabajo. Por ello, bastará con el propósito de situarlo en un momento relativamente próximo para realizar una breve exposición de algunos de los autores y doctrinas contemporáneas más representativos, con la única finalidad de poner de manifiesto diversas concepciones o formas de entender y fundamentar los valores. Ciertamente, el repaso que realizaré no pretende ser completo, ni en cuanto al número de doctrinas y autores ni en cuanto a la extensión dedicada a cada uno de ellos; se trata más bien de una breve muestra que intenta destacar simplemente las doctrinas e ideas más relevantes en torno a los valores en la filosofía jurídica y política contemporánea, apuntando al tiempo las vías más importantes utilizadas para la fundamentación de los valores en el ámbito jurídico. Por lo demás, ya existen algunos estudios jurídicos que repasan con cierta amplitud el pensamiento filosófico en torno a los valores.⁶

Pero antes de comenzar el repaso de estas doctrinas contemporáneas de mayor interés para nosotros, cabe citar al menos un ejemplo conocido y remoto. En efecto, ya Platón, en su “alegoría de la caverna”⁷ sostiene que el mundo que el hombre cree que es “real”, no está formado más que por “sombras” de la realidad auténtica que el hombre no puede percibir, al estar atado por las “cadenas” de sus pasiones y errores. El mundo visible solo puede explicarse por la contemplación del mundo invisible o “mundo de las ideas” (del verbo *eidos*, ver). Como se aprecia, el filósofo

⁵ Llamas Cascón, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1992, p. 40.

⁶ Merecen destacarse al menos, Llamas Cascón, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material...*, cit., y Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 43-116.

⁷ Platón, *La República o el Estado*, lib. VII.

de Atenas ya mantiene la existencia de “algo” trascendente a lo que el hombre tiene por realidad, pero que se manifiesta a través de esta “realidad”; si bien, a diferencia de lo que posteriormente se entenderá por “valores”, Platón cree que son las ideas las que constituyen la realidad auténtica, manifestándose en los objetos materiales: son el modelo de las cosas que encontramos en el mundo sensible, las cuales “participan” más o menos de las diversas ideas. Conviene también recordar que para el filósofo, el mundo de las ideas está jerarquizado, siendo las ideas supremas las de justicia, belleza y bien; esta última es la que preside todas y la mayor manifestación de la realidad.

2. LA CONSIDERACIÓN OBJETIVA DE LOS VALORES: LA LLAMADA “FILOSOFÍA DE LOS VALORES”

Sitúandose, por tanto, en el pensamiento contemporáneo, y aunque podría encontrarse algún precedente anterior de estudio de los valores,⁸ puede afirmarse que el estudio de los valores dotán-

⁸ Así, Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores...*, *cit.*, pp. 45-46, y 80, cita a F. Brentano (1838-1917) como “punto de arranque” de la teorización sobre los valores en la filosofía moderna, y en el ámbito de la filosofía jurídica se refiere (p. 80) a Stammler (1856-1938) como iniciador de lo que se ha denominado “idealismo jurídico”. En efecto, Stammler “recuperó” el estudio de los valores y de la filosofía del derecho. Considera que la justicia es el objetivo del derecho, el valor jurídico supremo. Sin embargo, la justicia se concibe como criterio formal: la forma de la justicia, idea racional, es única e inmutable, *a priori*, siendo la historia la que proporciona contenidos concretos; el contenido de cada derecho se determina históricamente. Para este autor la justicia no consiste en ningún contenido concreto, sino en una forma universalmente válida para ordenar todos los contenidos posibles, representando la “armonía permanente y absoluta” de la ordenación social. La armonía significa rectitud o corrección, de forma tal que lo particular o individual encuentra justificación en tanto en cuanto procure la realización del todo armónico. Dentro de la categoría del derecho concreto puede distinguirse, según se oriente solo de forma subjetiva, o, en cambio, se esfuerce por atenerse al ideal de armonía. En este último caso estaremos ante el “derecho correcto”, que, como hemos dicho, se ofrece condicionado históricamente. Para determinar cuándo estamos ante este derecho correcto o justo, el operador debe seguir la vía objetiva, considerando que en toda contraposición de pretensiones existe una perspectiva superior, que posibilita una solución acorde con la armonía o el todo armónico de

dolos de contenido material se produce con la llamada “filosofía de los valores”. Como ya he referido, la mención a los valores parece remitir a este movimiento filosófico. En efecto, algunos autores han puesto de relieve que al estudiar el concepto de valor, suelen tenerse presentes las propiedades de los mismos según la filosofía de los valores.⁹

Entendiendo la expresión en un sentido amplio, puede referirse con ella a dos movimientos teóricos distintos: por un lado, la llamada “Escuela de Baden”, que se sitúa en el ámbito del neokantismo y del “criticismo”. Por otro, y en el ámbito de la fenomenología, han de citarse las obras de Scheler y Hartmann, que con frecuencia se citan como representantes de la “filosofía de los valores” en un sentido más estricto.

Como afirma Vilas Nogueira, para la “filosofía de los valores”, considerada en sentido amplio, no todo lo que “hay” se agota con el estudio del “ser”, pues los valores —belleza, bien, justicia...—, sin ser propiamente seres, no son tampoco meras ficciones; de esta forma, los valores son considerados independientes de los hechos psíquicos que los atestiguan. Las características más importantes de los valores para esta doctrina serían, siguiendo a este autor:¹⁰ a) requieren una realidad en la que encarnarse;

la vida social. Aunque para este autor su concepto formal de justicia no es algo vacío, pues posee un cierto contenido de validez absoluta, su teoría ha sido criticada por su excesivo formalismo. Se ha hablado de que Stammler establece un “derecho natural de contenido variable”, Recaséns Siches, L., *Tratado general de filosofía del derecho*, 10ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 454, de forma tal que la variedad de “derechos justos” puede ser ilimitada. La doctrina de este autor sobre la justicia se encuentra en “Richtiges Recht”, en la obra colectiva *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1973. Puede encontrarse sintetizada en Recaséns Siches, L., *Tratado general de filosofía del derecho...*, cit.; Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores...*, cit.; Peralta, R., *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense, 1994, pp. 60-66, obras que hemos seguido en esta exposición.

⁹ En este sentido Ruyer, R., *La filosofía del valor*, México, FCE, 1969; Frondizi, R., *¿Qué son los valores?*, 4ª ed., México, FCE, 1968.

¹⁰ Vilas Nogueira, J., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, p. 92. Como hemos dicho, este autor considera este movimiento en un sentido amplio,

b) poseen un contenido propio; c) se presentan de forma bipolar —con su opuesto correspondiente—; d) pueden admitir diversos grados de intensidad; e) pueden ordenarse jerárquicamente, y f) son irracionales y, por tanto, solo aprehensibles en una experiencia emotiva.

En cuanto a la “Escuela de Baden” o “Escuela sudoccidental alemana”, cabe destacar entre sus representantes a W. Windelband (1848-1915), H. Rickert (1863-1936), H. Münsterberg (1863-1916), y B. Bauch (1877-1942).

Windelband define la filosofía como “la ciencia crítica de los valores universales”,¹¹ ya que tiene por objeto juicios valorativos, y no juicios de hecho. El juicio valorativo pretende una validez universal, pero no en el sentido de reconocimiento de hecho por todos, sino como necesidad ideal —*conciencia normativa*—, es decir que tal juicio *debe ser* reconocido por todos. Para este autor, “la necesidad que advertimos en la validez de las determinaciones lógicas, éticas y estéticas, es una necesidad ideal, una necesidad que no es la del *Müssen* y del no-poder-ser-de-otro-modo, sino la del *Sollen* y poder-ser-de-otro-modo”. En similar sentido se pronuncia Rickert,¹² para quien el “ser” está precedido por el “deber ser”, ya que si se puede decir que algo es, es en virtud de que el juicio que lo expresa es verdadero por su deber ser. Esta es la “conciencia en general”, anónima, universal e impersonal. En cuanto a los valores, considera que están más allá del sujeto y del objeto, y que no son realidades, sino que “valen”. La relación entre el mundo de la realidad y el reino de los valores es el *acto de valorar*, que determina una tercera esfera junto a realidad y valores: el reino de la significación. Por lo demás, Rickert intenta una clasificación escolástica de los valores.¹³

al entenderlo iniciado por Lotze, e incluir en el mismo a Rickert, Scheler y Hartmann.

¹¹ Puede verse un resumen de su doctrina, por ejemplo, en AA.VV., *Historia del pensamiento*, Madrid, Sarpe, 1988, vol. VI.

¹² Un resumen de su doctrina puede encontrarse también en *Historia del pensamiento, cit.*, pp. 23 y ss.

¹³ Distingue este autor seis campos o dominios del valor: la lógica —dominio del valor verdad—; la estética —dominio del valor belleza—; la mística —dominio del valor santidad impersonal—; la ética —dominio de la mo-

Sin embargo, como he mencionado, los dos autores que con más frecuencia se suelen citar dentro del ámbito de la “filosofía de los valores” son M. Scheler (1874-1928) y N. Hartmann (1882-1950). También denominada “ética material de los valores”, la obra de ambos se sitúa bajo la inspiración y métodos de la fenomenología de Husserl. Se ha señalado que la ética material de los valores incluye en el mundo filosófico, y después jurídico, el término “valor”, hasta entonces “secuestrado” en otras disciplinas, situando la reflexión filosófica sobre los valores en las nuevas coordenadas de la fenomenología.¹⁴ Como características más importantes de esta doctrina señala Pérez Luño:¹⁵ a) los valores son esencias ideales previas a la experiencia, absolutamente invariables y ordenados jerárquicamente; b) el orden objetivo y jerárquico de valores ha de ser aprehendido por el sentimiento e intuición de su evidencia, ya que no puede ser conocido por la razón; c) la aprehensión de los valores no deriva de su cognoscibilidad racional y empírica, por lo que las variaciones históricas de los valores son solo apariencias, ya que no es el valor sino la conciencia valorativa lo que cambia. Se ha advertido la similitud de los valores de Scheler y Hartmann con la teoría de las ideas de Platón.¹⁶ Como se ha señalado,¹⁷ para estos autores la diferenciación de los valores respecto al mundo sensible se manifiesta en el hecho de que se perciban a veces antes e independientemente de los objetos que son sus portadores; por ello poseen un ser propio,

alidad—; la erótica —campo en el que domina la felicidad—, y la filosofía religiosa, donde domina la santidad personal.

¹⁴ Llamas Cascón, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material...*, cit., p. 40.

¹⁵ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1986.

¹⁶ Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores...*, cit., p. 47, considera que los valores de Hartmann son ideas en sentido platónico. Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de...*, cit., p. 139, cit. por E. F. Sauer, opina que es la doctrina de Scheler la que puede ser considerada un platonismo en clave cristiana; en cambio, entiende que para Hartmann el ente ideal constituye una objetivación ideal que funda su idealidad en su pura autoexistencia, es decir, con un sentido distinto a las ideas platónicas a la metafísica cristiana.

¹⁷ Rodríguez Paniagua, J. M., *Historia del pensamiento jurídico*, 6ª ed., Universidad Complutense, 1988, vol. II, p. 490.

“ideal”. No pertenecen al mundo del ser “real”, aunque tienen relación con la realidad, la cual estriba en que se realizan adheridos a ella, y se presentan como una exigencia de incorporación a la misma.

La ética de Max Scheler¹⁸ es una ética material contrapuesta, por tanto, a la ética formal de Kant. Como ha puesto de relieve Recaséns Siches,¹⁹ la fenomenología ha descubierto las esencias como objetos ideales, que son *a priori*, necesarias e independientes de los hechos en que se realizan. De esta forma, se evidencia el error de identificar lo *a priori* con lo formal y con lo racional, y lo *a posteriori* con lo material y lo no racional, ya que los valores éticos y jurídicos que poseen una materia —un contenido concreto—, y no son aprehensibles por procesos racionales, sino mediante una *intuición emotiva*, sin embargo son *a priori*, pues ni dimanan de la experiencia ni están fundados en ella. Pero la experiencia emotiva a la que se le revela el valor no es, para Scheler, una simple emoción, sino una intuición intelectual, una experiencia intencional que tiene con el valor la misma relación que una representación o un concepto tienen con su objeto. Por ello, el mundo de los valores es un mundo objetivo *a priori*. Los valores no son ni bienes —el bien es la cosa que incorpora un valor—, ni fines —fin es el término de una aspiración o una tendencia que puede o no tener valor—. También para Scheler existe una jerarquía de los valores, que es aprehendida mediante el acto específico de *preferir*.²⁰ Los criterios que permiten determinar la jerarquía axiológica son: durabilidad —se prefieren los valores duraderos a los pasajeros—; divisibilidad —son superiores los valores más indivisibles—; fundación, profundidad de la satisfacción y relatividad —escala de relatividad entre los valores, aunque todos

¹⁸ La obra más importante de M. Scheler, por lo que se refiere al tema de los valores, es *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* (1927), en *Gesammelte Werke*, 1954 (trad. francesa de M. de Gandillac, *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*, 7ª ed., París, Editions Gallimard, 1955). Un amplio comentario a las ideas de este autor se encuentra en Frondizi, R., “¿Qué son los valores?..”, *cit.*, pp. 86 y ss.

¹⁹ Recaséns Siches, L., *Tratado general de filosofía del derecho...*, *cit.*, pp. 457 y ss.

²⁰ Scheler, M., *Der Formalismus in der Ethik...*, *cit.*, pp. 84 y ss. (trad. francesa, pp. 108 y ss.).

ellos son objetivos—. Tomando como base dichos criterios, puede establecerse la jerarquía de los valores siguiente: en el nivel más bajo se encuentran los valores de lo agradable y lo desagradable; en segundo término, los valores vitales —que van de lo noble a lo vulgar; aunque también se encuentra en este grupo la esfera del bienestar y otros estados—. Por encima de estos se encuentran los valores espirituales, dentro de los que cabe distinguir, a su vez, jerárquicamente: los valores de lo estético; los de lo justo-injusto —aquí se incluyen los valores jurídicos, que constituyen el fundamento de toda ordenación jurídica, en cuanto es independiente de toda ley positiva del Estado o de la comunidad—; y los valores del “conocimiento puro de la verdad”. En la cúspide de la jerarquía se encuentran los valores de lo santo y lo profano.²¹

En sentido parecido, Hartmann²² considera que los valores son objetos con entidad propia que se conocen *a priori* de forma emocional, y no intelectual y reflexiva; pero la emoción valorativa tiene la misma objetividad que el conocimiento científico o lógico.

La crítica a la ética material de los valores se centra en la dificultad que esta tiene para determinar la “lista” de valores absolutos y objetivos, que ni siquiera son coincidentes entre todos los representantes de esta corriente.²³ Por otro lado, la propia historicidad y variabilidad de los valores en el terreno sociológico hace que esta concepción tenga difícil aplicación al campo jurídico. Y es que para determinar los valores que pertenecen a este orden objetivo es preciso encontrar un método de conocimiento que pueda ser aceptado universalmente. En este sentido, la evidencia —fundamento de la fenomenología— no parece criterio de conocimiento seguro, pues, como afirma Parejo Alfonso, no se aporta una regla válida de distinción entre un conocimiento correcto del valor respecto de un simple sentimiento o mera percepción sub-

²¹ Frondizi, R., *¿Qué son los valores?...*, cit., pp. 116-118.

²² Hartmann, N., *Ethik*, 3ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1949. Puede verse un resumen de su doctrina en “Historia del pensamiento”, cit., pp. 276 y ss.; Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores...*, cit., pp. 47-48, obras que hemos seguido en esta breve exposición.

²³ Así lo ha puesto de manifiesto, por ejemplo, Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de...*, cit., p. 139.

jetiva de ese valor. En efecto, “o el concepto de evidencia incluye la nota de verdad, en cuyo caso es imposible decidir acerca de si un juicio es evidente o, por contra, la evidencia significa una vivencia psicológica comprobable, en cuyo caso resulta imposible determinar si un juicio evidente es verdadero”.²⁴

La filosofía de los valores ha tenido también importantes manifestaciones en el campo más estrictamente jurídico. Las aportaciones de E. Lask, M. E. Mayer y F. Münch²⁵ giran en torno a la idea de cultura como conjunto de valores supraindividuales. Con un punto de partida parecido, G. Radbruch,²⁶ entiende que la cultura es una zona intermedia entre la naturaleza —que es ciega a los valores— y el deber ser puro —donde se encuentran los valores absolutos—; el derecho, como parte de la cultura, supone una tendencia intencionada a la realización del valor justicia, de forma tal que el derecho justo es aquel que persigue la justicia, aunque no la alcance. Radbruch intenta establecer también una jerarquía de valores: centrándonos en el ámbito de la vida social, pueden distinguirse los valores de la personalidad, los valores de las obras y los valores de la sociedad. Cuál de estos grupos de valores debe ostentar la primacía es algo que la filosofía del derecho no puede decidir, ya que depende de la concepción del mundo que se tenga, aunque sí puede establecerse que primando los valores de la personalidad, el valor supremo sería la libertad, implicando un sistema democrático —aunque engloba en esta opción tanto al liberalismo como al socialismo—; en el caso de prevalecer los valores de las obras, se obtiene como valor supremo la cultura y un Estado de tipo corporativista; por último, la primacía de la sociedad conlleva el valor supremo del poder. Por ello, se ha ha-

²⁴ Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores...*, cit., pp. 47-48. Este autor se basa en las críticas realizadas por E. Topisch y L. Nelson.

²⁵ Puede verse un resumen de la doctrina de estos autores —así como de buena parte de la denominada “filosofía jurídica de los valores”— en Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores...*, cit., pp. 86 y ss.

²⁶ Radbruch, G., *Der Begriff des Rechts* (1914), en Mainhofer, W. (ed), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1973, pp. 384 y ss. También *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 7 y ss., 43 y ss., y los comentarios citados en notas anteriores, que hemos tenido en cuenta en las líneas que dedicamos a este autor.

blado del relativismo de Radbruch, ya que entiende que no hay otro criterio que las preferencias para establecer una de las tres diversas concepciones del Estado. No obstante, este autor establece en todo caso la primacía de la seguridad jurídica sobre los demás valores. De todas formas, se ha señalado²⁷ que Radbruch se inclina implícitamente por la opción de los valores de la personalidad, pues el relativismo de su construcción supone la admisión de opciones distintas sobre la ordenación de los valores, esto es, implica la tolerancia, y tolerancia es democracia.

Los intentos de aplicar la teoría de los valores en el campo jurídico, desde concepciones iusnaturalistas han sido criticados por su falta de base o fundamentación real, al configurarse como teorías que en realidad toman sus pretendidos “valores absolutos” de un contexto histórico concreto y determinado, o bien los encuentran a través de una intuición, carente de base científica.²⁸

En España, y bajo la influencia de la filosofía de los valores, cabe citar a Ortega y Gasset.²⁹ Defiende el filósofo madrileño una concepción objetiva de los valores, distinguiendo entre el mundo del ser y el mundo del valer; en la percepción de los objetos existen fenómenos no sensibles, sin embargo aprehensibles. Los valores no son susceptibles de entendimiento, sino de estimación, lo que no impide que pueda existir un conocimiento absoluto de los mismos, de forma tal que la estimativa o ciencia de los valores constituye un sistema de verdades evidentes e invariables. Señala Ortega tres rasgos o propiedades características de los valores: la cualidad, que implica polaridad —siempre serán positivos o negativos—; el rango, que los coloca en su lugar dentro de una jerarquía, y la materia, que los individualiza. Existe una jerarquía entre los valores que se percibe de modo evidente: igual que basta entender lo que es “cinco” y “cuatro” para apreciar la minoría

²⁷ Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores...*, cit., p. 91.

²⁸ Puede verse, por ejemplo, la crítica con la que A. E. Pérez Luño —apoyándose en U. Matz— acompaña la referencia a los autores que acabamos de citar en el texto, y a otros como Coing o Reiner, en su obra *Derechos humanos, Estado de...*, cit., p. 140.

²⁹ Ortega y Gasset, J., *¿Qué son los valores?*, bajo el título general “Introducción a una estimativa”, citado por “*Obras completas*”, 6ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1964, t. 6, pp. 315 y ss.

de cuatro respecto a cinco, simplemente con ver bien lo que es “elegancia” y “bondad moral”, se aprecia la inferioridad de aquella respecto a esta.

Recaséns Siches³⁰ recoge en el ámbito jurídico español la reflexión filosófica sobre los valores, también desde un punto de vista objetivo y *a priori*, influido por Ortega y, más allá, por Scheler y Hartmann. Sin embargo, matiza algo su posición respecto a estos últimos autores, de los que realiza una cierta crítica, pues en lugar de considerar que los valores son entidades ideales abstractas, entiende que la objetividad de los valores se da en la existencia humana; de esta forma, los valores son objetos ideales con validez análoga a la de las ideas, pero con vocación de ser realizados y encarnarse en el mundo a través de la acción del hombre: la objetividad de los valores está incardinada en la *vida humana*. Recaséns recoge también entre las propiedades de los valores otras señaladas por los autores clásicos de la filosofía de los valores, como son la bipolaridad y la jerarquización o gradación. Por otro lado, procura matizar la tajante distinción entre realidad y valor llevada a cabo por la ética material de los valores, pues existe entre ellos una “recíproca vocación”, ya que “los valores reclaman idealmente ser plasmados en realidades, y las realidades solo cuando encarnan valores presentarse como justificadas”.³¹ Coincide en cambio con las doctrinas anteriores en que es la intuición el método de conocimiento de los valores. Igualmente, trata de conjugar el carácter objetivo y *a priori* de los valores, con la historicidad de su realización práctica, ya que “la diversidad y el cambio, es decir, la historicidad, no se predicán de los valores, sino de su realización en la vida humana social”.³²

El derecho es para Recaséns algo que los hombres fabrican en su vida y que lo viven en ella con el propósito de realizar unos valores —aquí se aprecia también la influencia vitalista de Ortega—. Más concretamente, es “norma [...] elaborada por los hombres con el propósito de realizar unos valores”,³³ apreciándose, por

³⁰ Recaséns Siches, L., *Tratado general de filosofía del derecho...*, cit., pp. 8 y ss.

³¹ *Ibidem*, p. 65.

³² *Ibidem*, p. 461.

³³ *Ibidem*, p. 159.

tanto, tres dimensiones jurídicas: valor, norma y hecho. Por último, aunque Recaséns plantea como tarea futura de la estimativa jurídica la determinación de los valores jurídicos y de su jerarquía, sí afirma que entre los valores supremos que deban inspirar el derecho se han de encontrar la dignidad moral del hombre, la libertad como esfera de autonomía y la paridad fundamental ante el derecho.

3. TEORÍAS SUBJETIVISTAS

Las teorías hasta ahora expuestas postulan una existencia y fundamentación objetiva de los valores. A continuación me referiré a dos autores cuyas obras han tenido una enorme repercusión, y que he agrupado como “fundamentaciones subjetivistas”, por contraposición a las anteriores. En efecto, es rasgo común de estas teorías el que los valores o principios de justicia pueden ser extraídos por sujetos especialmente cualificados o que se encuentran en condiciones óptimas o especiales para conocer dichos valores. He de reconocer en todo caso todo lo que dicha “etiqueta” —o cualquier otra— pudiera tener de discutible —por lo demás, probablemente los autores que vamos a comentar rechazarían tal calificación—. También cabría hablar de “fundamentaciones neoliberales”,³⁴ ya que creo que dichas fundamentaciones conducen a una concepción “liberal” de los valores y de los derechos —o quizás al revés: detrás de esas fundamentaciones subyace una concepción liberal—.

Las doctrinas que se comentarán a continuación están pensadas para la fundamentación de los derechos fundamentales, pero estimo que son trasladables a la de los valores, ya que aquellos son reflejo y concreción de estos, de forma que, genéricamente, pueden fundamentar la justicia, la libertad y la igualdad. Estas

³⁴ Mientras que la calificación de estas teorías como “subjetivistas” puede encontrarse, por ejemplo, en Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de... cit.*, pp. 145-161, en cambio, Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 26 y ss., reúne a estos autores con los liberales “clásicos” bajo el epígrafe “concepción liberal de los derechos”. Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores... cit.*, pp. 99 y ss., utiliza ambas ideas, al hablar del “subjetivismo neoliberal”.

teorías pretenden fundamentar los derechos humanos desde una posición que se ha considerado cercana al iusnaturalismo, y desde una perspectiva ideológica neoliberal. Entre sus principales representantes cabe citar a K. Popper, F. von Hayek, R. Nozick —aunque este desde una posición mucho más original, cercana al anarquismo—, J. Rawls y R. Dworkin. De todos ellos reseñaré como más significativas las ideas de los dos últimos; sus ideas son conocidas ampliamente en nuestra doctrina, y al objeto de este estudio solo es preciso una breve reseña de las mismas, por lo que se refiere a los valores o principios de justicia.

Rawls³⁵ afirma la existencia de unos “principios de justicia”, que derivan de un razonamiento perfecto desplegado en una “posición originaria” o situación hipotética en la que unos individuos racionales y libres, en condiciones de pureza, destilan auténticos principios de justicia por consenso unánime. Tales condiciones de pureza se consiguen gracias a un “velo de ignorancia”, según el cual tales hipotéticos individuos desconocerían sus posiciones sociales y cualesquiera datos particulares. De esta forma, la “posición originaria” es de imparcialidad. Con esta base, Rawls señala dos principios básicos de su teoría de la justicia: por un lado, que “cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos”; en segundo lugar, que “las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un sistema de ahorro justo, y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades”.³⁶

Pero ha de tenerse en cuenta que los principios de justicia en Rawls no tienen en realidad un origen consensual, ya que se trata de descubrir o hallar una verdad objetiva y preexistente, pero desde la perspectiva o posición subjetiva, pues tales principios se descubren desde el sujeto en la situación hipotética descrita. Sin embargo, las necesidades reales del hombre —pobreza, ca-

³⁵ Rawls, J., *Teoría de la justicia* (1971), trad. de M. D. Domínguez, Madrid, FCE, 1979.

³⁶ *Ibidem*, pp. 340-341.

rencia de medios...— no son desconocidas para Rawls, que distingue entre la libertad, que se refiere al estatus igual de ciudadano, prescindiendo de sus necesidades y su capacidad para obtener sus fines, y el “valor de la libertad”, que sería el valor que para cada individuo poseen los derechos definidos según el principio de justicia. Esto implica, como ha señalado Prieto Sanchís, que “existe una libertad igual para todos, que es la del hombre jurídico y que resulta ajena a la pobreza y a la ignorancia, junto a una libertad desigual, condicionada por la existencia concreta. Simplificando, existe una libertad igual que no es real y una libertad real que no es igual”.³⁷

R. Dworkin concede un importante papel a los valores, que él denomina “principios”. El autor de *Los derechos en serio*,³⁸ desde una posición liberal e individualista —aunque sin duda con algunos elementos progresistas o igualitarios— entiende que la razón de ser de los derechos morales está en la protección que prestan al individuo frente a cualquier objetivo social o colectivo; de esta forma se configuran como “triumfos frente a la mayoría”, que no pueden quedar a merced de las decisiones políticas eventualmente cambiantes. Sin embargo, Dworkin no basa su teoría en la idea de libertad, sino en la de igualdad formal, esto es, en el principio de igual consideración y respeto para todos los individuos, intentando así superar posibles contradicciones entre ambos valores fundamentales. La teoría de este autor estadounidense parte de la imbricación entre derecho y moral, que se aprecia especialmente en su idea de la figura del juez modelo, que puede encontrar la solución justa de forma racional, basándose en los principios que garantizan los derechos y en los cuales se fundamentan las normas. Pero estos principios —y por tanto, los derechos morales— se imponen en todo caso, estén o no recogidos por el derecho positivo, o incluso cuando este se halle en abierta contradicción con aquellos, en cuyo caso el “juez modelo” es posible que deba “mentir” y hacer caso a los principios. Pese a ello, Dworkin no considera que el juez esté creando derecho, pues debe basarse en criterios objetivos de ordenación y articulación

³⁷ Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales...*, cit., p. 29.

³⁸ Dworkin, R., *Taking rights seriously* (1977), trad. de A. Calsamiglia (*Los derechos en serio*), Barcelona, Ariel, 1984).

de los principios, de forma que se limita a descubrir la respuesta correcta, a encontrar la solución justa.

Sin que sea fácil hacer una crítica común de los autores que acabamos de comentar, sí puede afirmarse que las teorías a que me refiero acaban por justificar principal y casi exclusivamente los derechos individuales de corte liberal, que si bien conceden a toda persona un mismo estatus, olvidan las circunstancias económicas, sociales y culturales reales, cuya satisfacción debería seguramente basarse en un enfoque distinto de los mismos valores o principios —igualdad y libertad *reales*—. Como se ha dicho, se aprecia en estas tesis una notable dificultad para concebir las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad, no solo en términos abstracto-formales, sino también en términos histórico-concretos.³⁹ No obstante, estimo que es indudable mérito de estos autores el haber dado una fundamentación o base “fuerte” a determinados derechos fundamentales, colocando en la cúspide del sistema jurídico la libertad y la igualdad —más exactamente, *un cierto sentido de libertad e igualdad*—, y haciéndolas resistentes a las distintas opciones políticas.

4. TEORÍAS CONSENSUALISTAS

Tras el comentario de las teorías que postulan una existencia objetiva de los valores, como ideas o esencias que pueden ser aprehendidas, y de las que parten de una posición subjetiva determinada para conseguir el conocimiento de dichos valores, hay que hacer referencia a algunos autores que han entendido que dichos valores o principios pueden ser hallados y encontrar su justificación, desde un punto de vista intersubjetivo o consensual, es decir, mediante el diálogo o acuerdo de varios sujetos o de la mayoría de la sociedad. Ahora bien, dentro de estas doctrinas cabe distinguir dos grupos netamente diferentes: en primer lugar, las que postulan un “consenso ideal”, es decir, un diálogo y un acuerdo en condiciones predeterminadas, que habitualmente no se encontrarán en la realidad; en segundo lugar, las que buscan el acuerdo o consenso real en la sociedad.

³⁹ Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales...*, cit., p. 28.

Entre las primeras hay que hacer referencia fundamentalmente a la teoría del consenso ideal de Habermas.⁴⁰ Basándose en las pretensiones de validez del juego lingüístico operativo,⁴¹ Habermas se centra en las condiciones necesarias para generar los valores, sirviendo así su teoría como fundamento de los derechos y los valores. Como se sabe, Habermas afirma que el consenso razonado o justificado es el generado vía argumentativa, pero solamente cuando ha existido y existe estructuralmente la posibilidad de cuestionar, modificar y sustituir el lenguaje utilizado para las fundamentaciones. En estas condiciones puede darse la situación de diálogo ideal, en la que no existen influencias o distorsiones externas, ni factores coactivos derivados de la propia situación.⁴²

Puede comprenderse que se haya criticado a Habermas por proponer un modelo formal e irreal o contrafáctico. Sin embargo, Habermas cree que, sin ser la situación ideal un dato empírico, tampoco es una simple abstracción formal, destacando su carácter de pretensión o anticipación, con la indiscutible utilidad de proporcionar elementos para la crítica de cualquier consenso

⁴⁰ Entre las obras de J. Habermas, pueden señalarse *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1985; *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987; *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. de J. Nicolás Muñiz y R. García Cotarelo, Madrid, Taurus, 1981. Tendremos en cuenta también para esta breve exposición los comentarios a este autor realizados en trabajos citados anteriormente.

⁴¹ Que son, para Habermas: la comprensibilidad de la declaración, la veracidad del contenido propositivo, la corrección del contenido performativo y la credibilidad del sujeto que habla.

⁴² Entre las reglas principales para que se dé esta situación podemos citar:

1. "Todo sujeto capaz de hablar y de actuar puede participar en la discusión".
2. a) "Todos pueden cuestionar cualquier información".
b) "Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso".
c) "Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades".
3. "A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos en 1 y 2 por medios coactivos originados en el exterior o en el interior del discurso".

Otras reglas se refieren a la coherencia y lógica de las afirmaciones introducidas en el discurso.

Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa...*, cit., pp. 112-113.

empírico por contraste con las condiciones del discurso ideal. Es decir, la tesis de Habermas debe entenderse más bien como crítica a los sistemas reales de toma de decisiones políticas —incluso democráticos— que como justificación de estos.

En todo caso, puede afirmarse con Prieto Sanchís que si bien las construcciones teóricas no han de ser descripciones históricas, en este caso la contradicción resulta demasiado patente, ya que los derechos humanos no han sido nunca el fruto de un pacífico e igualitario debate entre sujetos autónomos, sino que más bien han comenzado expresando el grito y la protesta de las minorías. Además, aun en el marco más óptimo de legitimidad democrática, los derechos humanos desempeñan, entre otras, una función limitadora del poder y, por tanto, parece poco coherente confiar la determinación de los derechos a cualquier fórmula consensual.⁴³

Entre las doctrinas que antes se denominaron del “consenso real” o histórico, hay que destacar a la llamada Escuela de Budapest, formada por los discípulos de G. Luckacs (1885-1971), entre los que cabe destacar a G. Markus y Agnes Heller,⁴⁴ y que experimentó su mayor apogeo en los años cincuenta y sesenta. Sin seguir un criterio temporal, exponemos brevemente sus ideas a continuación de las de Habermas, ya que aquel se refería a un “consenso ideal”, mientras que esta Escuela propugna una especie de “consenso real”. En efecto, con influencias de Hegel y de Marx, defienden la construcción de un orden axiológico desde las “necesidades radicales”, de forma que el principal valor ético es el reconocimiento y satisfacción de estas necesidades. Desde este punto de vista, pretenden la superación de las concepciones formales, apriorísticas o ahistóricas. Los valores se obtienen también por consenso, pero a diferencia de la teoría habermasiana, se trata de un consenso histórico en el que los hombres no solamente son seres racionales, sino que también tienen necesidades y sentimientos; es decir, se trata de hombres más reales. Si bien Habermas admite también la existencia de necesidades,

⁴³ Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales...*, cit., p. 65.

⁴⁴ Heller, A., *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, trad. de M. Sacristán, Barcelona, Grijalbo, 1974.

pero supeditadas a la previa justificación racional, los autores de la Escuela de Budapest creen que las necesidades pueden también justificarse mediante la remisión a otras necesidades. Por eso, A. Heller critica la teoría del consenso ideal, si bien también podría entenderse, como hace Pérez Luño, que los dos tipos de fundamentaciones intersubjetivas no son solo compatibles, sino complementarias, puesto que “la utopía filosófica de una sociedad plenamente libre y democrática, que halla su plasmación concreta en la entera satisfacción de sus necesidades radicales, no creo que pueda concebirse al margen de una comunicación intersubjetiva libre y racional”.⁴⁵

5. EL RELATIVISMO KELSENIANO Y LOS VALORES

Una vez comentadas las principales doctrinas sobre la fundamentación de los valores, hay que hacer referencia a aquellas posiciones negadoras de la existencia de los mismos, al menos entendidos como un sistema objetivo o que pueda ser conocido, fundamentado y admitido con validez general, es decir, con un significado idéntico para todos. Hablamos de las doctrinas relativistas.

Entre ellas hay que destacar lógicamente a H. Kelsen, que abandona todo planteamiento metafísico en la reflexión filosófico-jurídica. Sin perjuicio de las referencias al problema de los valores en las “grandes obras” del autor, puede encontrarse un tratamiento específico del problema que nos ocupa en otros trabajos. Desde una perspectiva positivista, entiende que las cuestiones sobre el fundamento y justificación de las normas son metajurídicas. Ello conlleva una posición totalmente relativista respecto a los valores, que son considerados como juicios meramente subjetivos: “las preguntas acerca de si el valor supremo está en la nación o el individuo, en lo material o lo espiritual, en la libertad o la seguridad, en la verdad o la justicia, no pueden responderse de un modo racional, y así se les da como respuesta un juicio subjetivo de valor, es decir, un juicio relativo, bajo la forma de un valor objetivo y absoluto, como una norma general

⁴⁵ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de..., cit.*, p. 172.

y válida”.⁴⁶ Por ello, Kelsen repasa las diversas definiciones que a lo largo de la historia se han dado de la justicia (“dar a cada uno lo que le corresponde”; principio de igualdad; concepto marxista de justicia —de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades—; imperativo categórico kantiano...) para intentar demostrar que son fórmulas vacías, ya que intentan responder a un interrogante planteando otros nuevos (qué corresponde a cada uno, qué es lo igual, qué necesidades deben ser satisfechas y cuáles son las capacidades de cada uno, qué principios deberían ser obligatorios para todos los hombres...), y estos últimos interrogantes solo hallan su respuesta en el orden social establecido en un momento dado.

El relativismo kelseniano se aprecia también en su idea de la democracia como método, de forma tal que, como se ha dicho, es imposible limitarla “en nombre de unos determinados «valores», en los que se pretende dar una consagración, más o menos burdamente metafísica, a una situación histórica”⁴⁷ —estos valores serían los derechos de la democracia liberal, con la propiedad a la cabeza—.

Sin embargo, no puede sostenerse, y en ello insiste el propio Kelsen, que la concepción relativista de los valores suponga ignorancia o negación de la moral. Lo que el fundador de la Escuela de Viena defiende es simplemente la existencia de varios sistemas morales, entre los cuales ha de elegirse. Ello supone como principio moral de esta filosofía relativista la tolerancia, íntimamente ligada a la democracia, puesto que esta implica libertad, y la libertad, tolerancia; por ello, la democracia es la forma de gobierno más favorable a la ciencia, “ya que el alma de la ciencia es la tolerancia”. Las palabras finales del discurso kelseniano *¿Qué es la justicia?* son especialmente significativas: “He empezado este ensayo preguntándome qué es la justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. [...] Solo puedo estar de

⁴⁶ Kelsen, H. *¿Qué es justicia?*, 2ª ed., trad. y estudio preliminar de Albert Cal-samiglia, Barcelona, Ariel, 1992, p. 43. Similar opinión sobre la justicia es recogida en *Teoría general del derecho y del Estado*, 2ª ed., trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1958 (reimp., 1979), pp. 7 y ss.

⁴⁷ I. de Otto Pardo, en nota preliminar a Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, 2ª ed., trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Guadarrama, p. IX.

acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia”.⁴⁸

En otro trabajo, Kelsen alude específicamente a las referencias valorativas —invocación a los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc.— contenidas en ocasiones en las constituciones, sin precisar la forma en que deben entenderse. Entiende que las concepciones en torno a esas ideas son hasta tal punto diferentes entre sí, según la perspectiva de los intereses de que se trate, que “si el derecho positivo no consagra una de entre estas concepciones, toda regla jurídica puede justificarse en base a alguna de ellas”. Por ello, considera que tales fórmulas no tienen un gran significado, no añaden nada. Sin embargo, alerta sobre el papel extremadamente peligroso que pueden tener en el campo de la justicia constitucional, si se interpretasen como directivas relativas al contenido de las leyes: si existe un principio constitucional de justicia, y el tribunal constitucional anulase una ley por considerar que su contenido es injusto, su poder “habría que considerarlo simplemente insoportable”.⁴⁹ Por todo ello, las normas constitucionales “no deben emplear terminología difusa, como «libertad», «igualdad», «justicia», etc.”, pues de lo contrario existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto en la Constitución.⁵⁰

Como ha indicado Peces-Barba, Kelsen suministra con sus planteamientos argumentos teóricos para no ocuparse de una fundamentación de los derechos, aunque su misma biografía sea un ejemplo de lucha práctica por ellos.⁵¹

⁴⁸ Kelsen, H. *¿Qué es justicia?...*, cit., p. 63.

⁴⁹ Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 142-143.

⁵⁰ Kelsen, H., *Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)* (1931), trad. de R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

⁵¹ Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1991, p. 48.

En fin, el relativismo valorativo de Kelsen conduciría a la negación de todo valor, o al menos a un indiferentismo axiológico; sin embargo, la propia defensa del relativismo parece implicar la justificación del valor tolerancia y, por tanto, pluralismo y democracia. En todo caso, la doctrina kelseniana conlleva la irrelevancia del concepto de legitimación o, en otros términos, la identificación entre legitimación y validez del derecho. Lo anterior supone la ausencia de criterio alguno sobre el contenido del derecho, que se impone por el mero hecho de su validez y con independencia de qué contenido. Desde el punto de vista de una Constitución que contiene abundantes cláusulas valorativas, la doctrina kelseniana supone vaciar de contenido todas ellas.

6. LOS VALORES EN LA TEORÍA DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCIÓN: ALGUNOS AUTORES

Es obviamente imposible, en el contexto del presente trabajo, trazar un panorama completo en torno a la importancia de los contenidos axiológicos en la teoría del Estado y en la teoría de la Constitución. En todo caso, y repasadas brevemente las diversas doctrinas filosófico-jurídicas sobre los valores y su fundamentación, parece conveniente comentar sucintamente la influencia que los valores han tenido en este terreno. Para ello, he elegido solamente algunos autores “clásicos”, de relevancia indiscutible y en cuyas doctrinas se da cabida de una u otra forma a contenidos axiológicos, o bien las mismas reflejan una concepción en algún modo valorativa, en torno al Estado o a la Constitución.

6.1. R. Smend

Smend realiza un planteamiento estimativo del Estado y de la Constitución desde su teoría de la integración.⁵² Para este clásico, el Estado forma parte de una realidad espiritual y como tal no es algo estático, sino que está inmerso en un proceso de

⁵² Smend, R., *Constitución y derecho constitucional*, trad. de J. M. Beneyto Pérez (*Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928), Madrid, CEC, 1985, pp. 62 y ss.

configuración social que supone una continua transformación, y que Smend denomina integración. Parte de que la estructura de toda agrupación humana consta de un elemento temporal y concreto, y otro atemporal e ideal, cuya vinculación no puede ser explicada fuera de su naturaleza dialéctica. Del mismo modo, son inseparables como funciones del Estado la realización de los valores del espíritu y la del derecho positivo: el mundo y las funciones del espíritu no son realizadas de forma plena, sino a través de su positivación por el derecho constitucional; las facetas empírica y espiritual del Estado están íntimamente relacionadas.

Distingue Smend la integración personal, integración funcional —formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo, es decir, procesos que tienden a una síntesis social, por ejemplo, elecciones y referendos— e integración material, que supone la realización de contenidos sustantivos —valores— en la comunidad. El Estado no es real “en sí”, sino en la medida en que realiza tales valores. Solamente gracias a esta densidad de carga valorativa ejerce el Estado su poder de dominación, lo que significa que es un entramado de vivencias permanentemente unido y actualizado, cuya unidad vivencial se debe al hecho de que es una totalidad de valores.⁵³ La poderosa eficacia integradora de estos elementos materiales hace que sea difícil percibir sus manifestaciones concretas y que, por ello, resulte difícilmente abarcable en toda su extensión: para solventar este problema surgen los símbolos políticos como representación de los valores históricos. Igualmente, la historia y el territorio del Estado son otros factores de integración material.

Para Smend, el fundamento de la legitimidad del Estado “son los valores concretos que actúan, por un lado, como factores, y por otro, como elementos básicos de la validez de un orden jurídico-político determinado”.⁵⁴ La diversidad de valores produce diversos tipos y grados de legitimidad. Como quiera que las constituciones modernas recojan los derechos humanos, preámbulo, territorio, forma política y pabellón nacional, los textos fundamentales manifiestan así su eficacia integradora y, a la vez, le-

⁵³ Smend, R., *Constitución y derecho constitucional...*, cit., pp. 95-96.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 101.

gitimadora. Especialmente, los derechos fundamentales forman parte del contenido material de carácter integrador de las constituciones; representan un sistema de valores concreto, un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Ello implica, desde el punto de vista político, una voluntad de integración material; y desde el plano jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico, que “es válido solo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo”.⁵⁵

En fin, como se ha afirmado,⁵⁶ para Smend el sistema de valores o “sistema cultural” constituye el sustrato material integrador de la comunidad. Pero tales valores tienen un carácter dinámico, de forma que deben ser actualizados y adaptados. Se ha destacado que el recurso al orden de valores obliga a una “captación espiritual” del contenido axiológico último del orden constitucional; de esta forma, la interpretación aparece más que para dar respuesta al sentido de los conceptos del texto, para comprender el “sentido y realidad” de la ley constitucional.⁵⁷

6.2. C. Schmitt

Schmitt también se refiere al tema de los valores en relación con el Estado. Este autor criticó en un trabajo las ideas de la filosofía de los valores y su aplicación al derecho.⁵⁸ Para la filosofía de los valores, estos no *son*, sino que *valen*; pero Schmitt pone de relieve que la facultad estimativa es algo subjetivo: “si algo es valor y en qué grado se puede determinar solamente desde un supuesto punto de vista o criterio particular”.⁵⁹ De esta manera, cualquier fijación de valores posee una agresividad potencial inmanente,

⁵⁵ *Ibidem*, p. 232.

⁵⁶ Estévez Araujo, J. A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, p. 65.

⁵⁷ Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 215.

⁵⁸ Schmitt, C., “La tiranía de los valores”, trad. de A. Schmitt de Otero, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 115, 1961, pp. 5 y ss.

⁵⁹ Schmitt, C., “La tiranía de los valores...”, *cit.*, p. 71.

ya que hombres concretos hacen valer sus valores frente a otros hombres igualmente concretos. La idea del carácter objetivo de los valores no hace sino introducir un nuevo momento de agresividad en la lucha de las valorizaciones, sin aumentar lo más mínimo la evidencia objetiva para los que piensan de manera distinta.⁶⁰ Puesto que según la lógica del valor, cualquier precio ha de pagarse por el valor supremo, el valor mayor trata al valor menor como de calidad inferior, y destruye al sinvalor, se produce una tiranía de los valores, en la que unos deben sacrificarse a otros: una realización de los valores destruye los valores. Por ello, un jurista que se refiera a valores y sinvalores debe saber lo que hace.⁶¹

Las anteriores ideas ponen de manifiesto el peligro de los razonamientos basados en concepciones objetivas, absolutas y jerarquizadas de los valores, pero en mi opinión, no pueden trasladarse a cualquier concepción o fundamentación de valores, sino solamente a las que tienen en su base las ideas de la filosofía de los valores. Tales críticas no parecen tener presente la posibilidad de que los valores fundamentales de la comunidad vengan establecidos y concretados en la norma constitucional. En todo caso, sí pueden suponer una advertencia frente al entendimiento de los valores constitucionales como valores absolutos o al establecimiento de una jerarquía “rígida” entre los mismos, que “tiranicen” todo el sistema constitucional.

Sin embargo, las ideas de Schmitt en torno a los contenidos axiológicos en la Constitución pueden encontrarse también en sus obras anteriores, de las que no cabe deducir simplemente su neutralidad valorativa o negación de todo contenido axiológico. Al contrario, este autor criticó la neutralidad propia del Estado burgués de derecho. Su concepto de Constitución como “decisión política fundamental”, que debe imponerse en todo caso a la ley constitucional, y que es intangible,⁶² parece incompatible con cualquier concepción puramente formal de la misma. En su obra

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 72-74.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 74-77; la última cita es de p. 79.

⁶² Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, 10ª ed., reimpr., trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1992 (la primera edición alemana, *Verfassungslehre*, es de 1928).

Legalidad y legitimidad,⁶³ tras analizar el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario,⁶⁴ señala los que considera tres legisladores extraordinarios en la Constitución de Weimar, uno de los cuales —el legislador extraordinario *ratione materiae*— encuentra su fundamento en la segunda parte de la Constitución, que establece una serie de elementos materiales, exigiendo mayoría de dos tercios para aprobar leyes de determinado contenido jurídico sustantivo. Para Schmitt,⁶⁵ esta segunda parte de la Constitución es en realidad otra especie de Constitución, que se contrapone a la neutralidad axiológica del Estado legislativo parlamentario, al poseer un contenido valorativo. Ambas constituciones son para este autor incompatibles, lo que implica la alternativa entre abandonar la neutralidad axiológica de la parte orgánica o abandonar el “sistema de sentidos” del contenido de la segunda parte de la Constitución, sin que pueda darse un término medio: “La afirmación de valores y la neutralidad ante los valores se excluyen recíprocamente. Frente a una afirmación de valores formulada en serio, la neutralidad axiológica formulada en serio significa una negación de los valores”.⁶⁶ En fin, la Constitución de Weimar está, según Schmitt, “literalmente escindida” entre la neutralidad axiológica de la primera parte y la abundancia de valores de la segunda, que es una auténtica “contra-Constitución”; la comentada existencia de la mayoría cualificada implica el desdoblamiento del sistema de legalidad en una legalidad de categoría superior y otra de categoría inferior, lo que hace “saltar hecho pedazos” hasta sus últimos cimientos orgánicos al Estado legislativo.

Para Schmitt, los derechos generales de libertad constituyen principios fundamentales que poseen dignidad suprallegal, formando parte del “sistema constitucional” fundamentalmente inmutable. Por eso, ante la disyuntiva de elegir una de las “dos

⁶³ Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, trad. de José Díaz García, Madrid, Aguilar, 1971 (primera edición alemana en Duncker & Humblot, 1932).

⁶⁴ Que requiere el principio de “igualdad de *chance* para alcanzar la mayoría, que es un principio de justicia material. Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad...*, *cit.*, p. 43.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 59 y ss.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 73.

constituciones”, este autor se queda con la “segunda” y su tentativa de establecer un orden sustancial. Las últimas palabras del ensayo que se comenta son significativas a este respecto:

El germen que encierra la segunda parte de la Constitución merece ser liberado de contradicciones internas y de vicios de compromisos y ser desarrollado de acuerdo con su lógica interna. Si se logra esto, está salvada la idea de una obra constitucional alemana. En caso contrario, pronto se acabará con las ficciones de un funcionalismo mayoritario, que permanece neutral ante los valores y ante la verdad. Entonces la verdad se vengará.⁶⁷

Teniendo en cuenta la fecha del ensayo (1932) y los acontecimientos que tuvieron lugar posteriormente en Alemania, parece que tenía razón Schmitt cuando escribió, años después, que este final del ensayo *Legalidad y legitimidad* constituía un toque de atención y una llamada de socorro.

La obra de Schmitt en esta época supone una crítica al formalismo del Estado liberal. Pero debe señalarse con claridad que, como indica De Vega, tal crítica sobrepasa el plano inmanente para situarse en el plano trascendente, al cuestionar la legitimidad del sistema.⁶⁸ En general, la obra de Schmitt, sobre todo con sus ideas en torno al presidente del Reich como “guardián de la Constitución”⁶⁹ y su teoría del decisionismo político, proporcionó algunos fundamentos teóricos al régimen totalitario que ocupó el poder desde 1933. Como señalaba Ayala, aunque la labor crítica de Schmitt pudiera ser certera, el fondo ideológico

⁶⁷ *Ibidem*, p. 154.

⁶⁸ P. de Vega, en su prólogo a Schmitt, C., *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, trad. de M. Sánchez Sarto (ed. alemana, 1929 y 1931), pp. 13 y ss., refiriéndose a “Legalidad y legitimidad” —y en general a la obra de este autor—, afirma que “a lo que Schmitt no estaba autorizado científicamente era a enjuiciar la legitimidad del sistema”, por lo que incluso podría criticarse tal obra por lo que tiene de elaboración ideológica al servicio de los intereses del Estado totalitario. Ha de señalarse que, en las dos obras citadas de este autor, se insiste en la facultad del presidente del Reich para dictar normas prácticamente legislativas (con base en el art. 48 del texto fundamental), convirtiéndose para Schmitt en el mejor guardián de la Constitución.

⁶⁹ Schmitt, C., “La defensa de la Constitución...”, *cit.*, pp. 213 y ss.

subyacente “induce hacia una vía muerta”.⁷⁰ No obstante, ha de admitirse igualmente, y por lo que ahora nos interesa, el acierto de la crítica al concepto meramente formalista y “neutral” de la Constitución, con lo que ello supone de crítica al Estado liberal y al positivismo, en una época en la que se comenzaba a superar dicho concepto. El propio Schmitt señalaría años después que “Hitler se ha servido de la legalidad como su arma más poderosa”.⁷¹ Es sabido que precisamente la experiencia del derrumbamiento de la república de Weimar supuso en Alemania, tras la Guerra, el retorno a los contenidos axiológicos —que el propio Schmitt criticó en el trabajo que hemos comentado en primer lugar— y la huida del positivismo jurídico.

6.3. H. Heller

Merece comentarse también la obra de H. Heller,⁷² quien señala la imposibilidad de emancipación de la teoría política respecto a los contenidos valorativos; igualmente reconoce el contenido ético del derecho y los fundamentos suprapositivos de su validez. Esta es precisamente la causa del carácter creador de poder que tiene el derecho. De esta forma, si bien indudablemente el poder necesita de la coacción, todo grupo de dominación necesita de la creencia de que sus preceptos jurídicos son obligatorios, de forma que solo aquel derecho que pretende servir a la justicia podrá obligar a los mismos que mandan, a realizar aquellas acciones gracias a las cuales se constituye el poder del Estado.⁷³ La voluntad del Estado encuentra su justificación en principios jurídicos suprapositivos. Al carácter formador de poder del derecho corresponde el carácter creador de derecho del poder. Por ello, el derecho es también un imprescindible factor de integración del Estado; en este punto discrepa Heller de Smend, quien

⁷⁰ Ayala, F., “Presentación”, escrita en 1934, a la obra de Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 18.

⁷¹ Schmitt, C., “Introducción” a *Legalidad y legitimidad...*, cit., p. XXVIII.

⁷² Heller, H., *Teoría del Estado*, Madrid, FCE, 1942, 14ª reimp., 1992 (la edición alemana es de 1934).

⁷³ Heller, H., *Teoría del Estado...*, cit., p. 209.

excluía al derecho de su ya comentada teoría de la integración del Estado.

Para Heller, no es misión de la teoría del Estado, sino de la filosofía jurídica, el examen de si existen principios jurídicos apriorísticos, y la distinción entre los principios jurídicos de validez universal y aquellos otros que dependen de un círculo de cultura. No obstante, en una teoría del Estado que tenga carácter de ciencia de la realidad hay que dar por admitido “que existen tales principios éticos del derecho que forman la base de justificación del Estado y del derecho positivo”.⁷⁴ Y es que, en efecto, si bien la institución del Estado aparece justificada para este autor por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica, ello ha de entenderse en el sentido de que solo puede justificarse cuando sirva a la aplicación y ejecución de los principios morales del derecho.

En fin, aunque los anteriores autores no agotan las concepciones sobre los valores en la teoría del Estado y de la Constitución, creo que son suficientemente representativas para nuestro propósito.⁷⁵ A ellos debe añadirse el comentario de quienes han propuesto un concepto de “Constitución material”.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 242.

⁷⁵ Puede hacerse también una breve referencia a Kriele, M., *Introducción a la teoría del Estado (Fundamentación histórica del Estado constitucional democrático)*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 3 y ss. Este autor entiende que las bases de la legitimidad del Estado constitucional democrático son la paz, la libertad y la justicia, de forma tal que este tipo de Estado puede solucionar los problemas esenciales mejor que cualquier otro, al crear las condiciones reales más favorables para la existencia de estos tres valores. Esto puede demostrarse históricamente: el anhelo de paz que surge con las guerras religiosas del siglo XVI es satisfecho por el Estado moderno, apoyado en el principio de soberanía; sin embargo, el propio Estado absolutista despertó el deseo de libertad que se satisfizo con la limitación del Estado —Estado constitucional—. No obstante, en esta fase de la evolución del Estado se permitió la esclavitud y la miseria social, de modo que el anhelo de justicia solo pudo satisfacerse con el desarrollo hacia el Estado constitucional democrático y social. Kriele defiende que entre el “ser” y el “deber ser” del Estado se encuentra el “porqué”, es decir, la fundamentación del Estado, pregunta que se contesta con fundamentos reales, a partir de un contexto histórico, los cuales han de pasar a continuación un análisis crítico. Así, el enfoque de este autor parte de que no pueden considerarse aisladamente las preguntas sociológico-empíricas y las ético-normativas.

7. VALORES Y “CONSTITUCIÓN MATERIAL”

El concepto de “Constitución material” se relaciona en ocasiones con la presencia de determinados contenidos axiológicos en la norma fundamental. En las páginas que siguen pretendo simplemente aclarar brevemente algunas ideas al respecto, ya que con la locución “Constitución material” se ha querido expresar por diversos autores conceptos no siempre idénticos, y que en algunos casos no hacen referencia a la presencia de contenidos axiológicos o materiales en el texto normativo constitucional. Cabe destacar cómo el concepto tiene originariamente, en la obra de Mortati, un significado bastante diferente al que se le ha dado más adelante.

En efecto, la difusión de la expresión se debe fundamentalmente a la obra de Mortati *La costituzione in censo materiale*.⁷⁶ Parte este autor de que el Estado posee como caracteres “ineliminables” el ser estable, autoritario, coactivo, necesario y total. No puede afirmarse la existencia de una comunidad cerrada, con un sentimiento o voluntad común, ya que la existencia de tal sentimiento es imposible.⁷⁷ No cabe imaginar existente una unidad social coincidente en su extensión con el Estado; las solemnes proclamaciones que afirman que el derecho emana del pueblo solo tienen valor político, ya que “desde el punto de vista jurídico, es la voluntad incondicionada de determinados órganos

⁷⁶ Mortati, C., *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940. Entre los comentarios a la obra de este autor, puede mencionarse el de Stamatì, S., “La riflessione sulla Costituzione in senso materiale: l’opera di Costantino Mortati nel periodo dello Stato autoritario”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, pp. 2947 y ss.; las ideas de Mortati son comentadas también por Llamas Cascón, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material...*, cit., pp. 140 y ss.

⁷⁷ Mortati, C., *La Costituzione in senso...*, cit., pp. 67-71. Ciertamente, el Estado no surge de la nada, sino que presupone un complejo de relaciones varias, correspondientes a las diversas direcciones en las que puede desarrollarse la actividad humana. Sin embargo, estas relaciones solo son el presupuesto para el nacimiento del Estado; y en cuanto están en contraste, es necesario un criterio capaz de eliminar dicho enfrentamiento, para introducir los intereses discordantes en una superior unidad; pero dicho criterio no puede ser obra de la propia comunidad, ya que la misma carece de unidad.

la que vale como única manifestación legal del ente proclamado soberano”.⁷⁸

La fuerza política, que resulta al producirse en el seno de la comunidad una especificación en la posición, sobre cuya base algunos ejercitan sobre otros un poder para recibir obediencia, es condición del surgir del Estado: una fuerza política dominante se impone y es la base del orden jurídico. Entre los componentes del grupo dominante y los “extraños” hay una diferencia de posición jurídica: aquellos confieren a la fuerza dominante la validez, necesaria para el vigor jurídico. Quienes no forman parte de la fuerza dominante forman la “masa inorganizada apolítica” y dan lugar a grupos representativos de ideologías diversas a la dominante.⁷⁹ La fuerza política es así elemento de la llamada Constitución originaria, que posee carácter jurídico y se relaciona con la Constitución formal; existen algunos elementos de orden que es necesario atribuir al poder originario, constitutivo del Estado, para que pueda asumir aspecto de entidad jurídica. En el Estado moderno es el partido el sujeto del cual emana la Constitución fundamental, configurándose como su elemento instrumental, necesario para establecer su contenido, su materia típica. El elemento material de la misma viene dado por la idea, esto es, por el fin, que comprende la apreciación unitaria de los intereses varios que se recogen en torno al Estado: se trata de una idea o criterio suficientemente rígido, para configurarse como punto firme incluso a través de las oscilaciones de las relaciones de fuerzas; y al tiempo, elástico, para poder presidir el desarrollo de la vida social, consintiendo los añadidos que esta requiere.⁸⁰

⁷⁸ Mortati, C., *La Costituzione in senso..., cit.*, pp. 73-74. Para Mortati las tentativas de representar a la sociedad como una unidad cerrada al lado del Estado fracasan. Su relevancia jurídica solo puede venir a través de un órgano que, en virtud de la situación jurídica impuesta, o por el hecho de afirmarse como fuerza prevalente, se declara intérprete de la sociedad; pero el reenvío del ordenamiento constituido a un derecho social solo será posible con referencia a una entidad singular y a fines particulares, no a la sociedad en su conjunto.

⁷⁹ Mortati, C., *La Costituzione in senso..., cit.*, pp. 75-79.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 83-88. Para Mortati, los partidos asumen una organización que pone como elemento predominante una idea política general, esto es, asumen como propia una concepción general, comprensiva de la vida del

Para Mortati, el concepto de Constitución explicado no es sociológico ni político, sino que tiene carácter jurídico.⁸¹ Las funciones de la Constitución material son la garantía de la validez de la Constitución formal, la unificación del sistema jurídico y la determinación de la forma de Estado y de su cambio.⁸² En fin, la “Constitución material” no es la Constitución originaria, sociológica, sino un sistema positivo que comprende la disciplina de todas las relaciones relevantes y que reúne en una determinada especie de unidad todos los elementos del Estado. Este sentido de Constitución comprende conjuntamente las fuerzas políticas y los fines de los cuales son portadoras, y que inspiran el complejo normativo: forma el elemento constante, el límite absoluto de toda mutación constitucional, y determina con su caída, la caída misma del Estado, que no puede reconocerse jurídicamente fuera de una forma particular.⁸³ El elemento distintivo de la Constitución reside en la consideración, junto a las fuerzas sociales capaces de la acción de impulso y de coacción que ha necesitado para surgir y desarrollarse, del principio directivo de esta acción, capaz de reunir, armonizándolos, el elemento estático y el dinámico.⁸⁴

Posteriormente, Mortati ha distinguido el concepto de Constitución material⁸⁵ del concepto “ideal” de Constitución,

Estado en todos sus aspectos, y tienden a traducirla en la acción concreta estatal, con exclusión de las concepciones contrastantes.

⁸¹ Mortati, C., *La Costituzione in senso...*, cit., pp. 88 y ss.

⁸² C. Mortati dedica el cap. III (pp. 131 y ss.) de la obra que venimos comentando, a la explicación de dichos fines.

⁸³ Mortati, C., *La Costituzione in senso...*, cit., pp. 219-220.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 226-227. Por ello, para Mortati el fundamento de la Constitución no puede apoyarse en una norma anterior, pero tampoco puede considerarse que la misma esté sustraída al derecho y basada en el mero hecho.

⁸⁵ Mortati, C., “Istituzioni di diritto pubblico”, 9ª ed., Cedam, Padua, 1975, pp. 30-31. Mantiene este autor la idea de “Constitución material” como fruto de un especie de “juridificación” de los factores reales de poder, pero desaparecen algunas referencias. En efecto, entiende una representación de la Constitución que reúne estrechamente la sociedad y el Estado, y es una entidad dotada de una estructura propia, en cuanto ordenada según una disposición particular en la que confluyen un sistema de relaciones económicas, así como factores culturales, religiosos, etc., que encuentran

que comprende el conjunto de valores y fines fundamentales del Estado, cuya afirmación y tutela es imprescindible para que una Constitución pueda considerarse tal; suele implicar la asunción de presupuestos iusnaturalistas y opera como refuerzo del tipo de orden que se asume como modelo.⁸⁶ Este concepto sí hace referencia a determinados contenidos valorativos, que se consideran imprescindibles o esenciales en una Constitución.

En cambio, el concepto descrito de “Constitución material” podría denominarse más propiamente “Constitución real”. Ciertamente, aunque la terminología del autor italiano ha sido muy reiterada posteriormente, tal concepto no parece responder exactamente a la presencia de valores en el texto constitucional, sino a una realidad sociológico-política, que se “juridifica”, pero que puede o no ser acorde con la Constitución formal. Desde luego, en los poderes que constituyen la “Constitución originaria” puede verse la presencia de una serie de ideas, fines o valores que, de una u otra forma, estarán presentes en la Constitución material, pero no se trata de valores jurídico-constitucionales incluidos en el texto normativo fundamental, ya que la Constitución material mantiene sus funciones tras la emanación de la Constitución formal, y es en cierto modo independiente de esta. En todo caso, la insistencia en la importancia del partido dominante, como parte de la Constitución originaria e instrumento de la Constitución material, es significativa en el contexto de la dictadura fascista (la obra de Mortati es de 1940).

expresión en una visión política particular, sostenida por un conjunto de fuerzas colectivas que intentan hacer prevalecer su visión política, dando lugar a *rapporti di sopra e sotto-ordinazione*, que constituyen una verdadera disposición fundamental, a la que Mortati denomina “Constitución material”. Ello implica que tales fuerzas sirven de apoyo a un orden legal, las que han de suponerse dotadas de una juridicidad intrínseca, que se hace valer como *fatto normativo*, esto es, como realidad comunitaria ordenada. La Constitución material posee autonomía respecto a la Constitución formal o escrita, pudiendo estar más o menos en armonía con esta.

Como se aprecia, las menciones al partido como elemento esencial para la comprensión de la Constitución material, desaparecen, aunque se sigue entendiendo esta como obra o consecuencia de las fuerzas dominantes.

⁸⁶ Mortati, C., “Istituzioni di diritto pubblico...”, *cit.*, p. 38.

El concepto de “Constitución material” de Mortati ha tenido gran influencia, sobre todo en el pensamiento jurídico italiano.

Barile⁸⁷ define la “Constitución material” como el núcleo esencial de la Constitución efectivamente vigente, apoyada en la fuerza de los grupos políticos que tienen un peso en el juego de las fuerzas políticas. Recalca este autor que la Constitución material no es el grupo político dominante, sino “il complesso delle norme istituzionali per il raggiungimento dello scopo voluto dal gruppo dominante”; de esta forma, la Constitución material se relaciona con el principio de efectividad, ya que la vigencia efectiva de la Constitución depende de las convicciones de los grupos dominantes.

Spagna Musso,⁸⁸ tras distinguir diversos sentidos de “Constitución material”,⁸⁹ señala que aun admitiendo la importancia de las fuerzas sociales y fines políticos dominantes, que dan vigor a la Constitución formal, ello no se traduce en el plano jurídico en la existencia de una Constitución material contrapuesta a la formal, sino que la Constitución ha de considerarse desde un punto de vista unitario y jurídico, y los factores antes indicados pueden tener relevancia en relación con la efectiva vigencia de la Constitución.

Parece que esta concepción unitaria es más adecuada desde el punto de vista jurídico-constitucional que el entendimiento de la Constitución material como algo contrapuesto a la Constitución escrita.

Tras analizar diversos conceptos de “Constitución en sentido sustancial” y “Constitución material”, Crisafulli entiende que el concepto estricto de “Constitución material” se corresponde con la posible existencia de un núcleo originario, irreductible y con-

⁸⁷ Barile, P., *Istituzioni di diritto pubblico*, 4ª ed., Padua, Cedam, 1982, p. 8.

⁸⁸ Spagna Musso, E., *Diritto Costituzionale*, 2ª ed., Padua, Cedam, 1986, pp. 102 y ss.

⁸⁹ En efecto, tal concepto puede entenderse como realidad político-social, como Constitución sustancial —materia intrínsecamente constitucional—, o como Constitución efectivamente vigente, además del sentido derivado de Mortati, que comentamos en el texto y que tiene algunas relaciones con los aquí expuestos.

dicionante de todo el ordenamiento estatal, que se convertiría así en límite lógicamente necesario a la revisión constitucional, constituyendo una especie de “superconstitución”.⁹⁰

También se puede encontrar la expresión “Constitución material” fuera del ámbito italiano, por ejemplo, en Heller. Este autor,⁹¹ partiendo de la distinción entre conceptos sociológicos y jurídicos de Constitución, se refiere a la Constitución material en sentido amplio, que desde el punto de vista jurídico apunta hacia la situación jurídica total del Estado y se corresponde con el concepto sociológico de Constitución como estructura característica del poder, que significa la situación total de unidad y ordenación política. En sentido estricto, el concepto jurídico de Constitución material comprendería la ordenación fundamental del Estado y se corresponde con el concepto sociológico de Constitución que se obtiene al señalar una estructura básica del Estado como fundamental, destacándola como estructura relativamente permanente de la totalidad estatal.

Puede citarse, por último, a Loewenstein.⁹² Para este autor, el *telos* de toda Constitución está constituido por las instituciones y principios que limitan y controlan el poder político. La totalidad de tales principios constituye la “Constitución ontológica”, que puede estar contenida en un documento escrito —Constitución formal—, o bien, estar enraizada en las convicciones del pueblo, sin formalización expresa —Constitución en sentido espiritual o material—. En concreto, los elementos mínimos para que un texto escrito pueda considerarse auténtica Constitución son: la diferenciación de las tareas estatales y su asignación a órganos diversos; un mecanismo de cooperación entre los diversos detentadores de poder; un mecanismo para evitar bloqueos entre dichos detentadores; un método para adaptar el orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas; y, por último, el reconocimiento de ciertas esferas de autodeterminación individual

⁹⁰ Crisafulli, V., *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padua, Cedam, 1970, vol. I, pp. 100 y ss.

⁹¹ Heller, H. *Teoría del Estado...*, cit., pp. 293 y ss.

⁹² Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp. 149 y ss. (ed. alemana, 1959).

—derechos individuales y libertades fundamentales—. Todos estos elementos son contenidos materiales de la Constitución, si bien aquellas esferas en las que no puede intervenir el poder político, y la limitación de este, son “el núcleo de la Constitución material”.

Como puede apreciarse, existe una diversidad de significados en torno al concepto de “Constitución material” y a otros que pueden tener una cierta relación, como “Constitución real” o “ideal”. Esta diversidad requiere una cierta aclaración terminológica, que puede realizarse siguiendo a Gomes Canotilho,⁹³ quien distingue tres conceptos:

- *Constitución real* —o “material”—, en sentido similar al dado por Mortati, como conjunto de fuerzas políticas, sociales y económicas que condicionan el ordenamiento jurídico.
- *Constitución formal*, o acto escrito y solemne que contiene las normas jurídicas jerárquicamente superiores.
- *Constitución material* —normativo-material—, o conjunto de normas que regulan la estructura del Estado y de la sociedad en sus aspectos fundamentales, independientemente de las fuentes formales en que se plasmen.

Este último sentido sería equivalente al de “Constitución sustancial”, entendida como materia que, por su contenido típico, adquiere relevancia constitucional, es decir, como “materia intrínsecamente constitucional”, e implicaría, por tanto, admitir la posible existencia de materia constitucional en fuentes diversas a la Constitución formal.

En todo caso, cabe también circunscribir el concepto de “Constitución material” a aquellas normas que, siendo parte de la Constitución formal, regulan las materias típicamente constitucionales, lo cual permitiría distinguir dos tipos de normas dentro del propio texto constitucional.

En fin, la presencia explícita o implícita de contenidos axiológicos en los textos constitucionales tiene relación con varios de

⁹³ Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, pp. 66 y ss.

los conceptos que aquí se han dado. Por un lado, la Constitución material o real reflejará los valores o fines fundamentales de las fuerzas políticas dominantes como parte del “hecho normativo” que esta presupone; no obstante, se está ante un concepto tendencialmente sociológico que, si no tiene reflejo en la Constitución escrita, no puede —o, más correctamente, no “debe”— imponerse a esta. En cambio, el concepto “ideal” de Constitución al que también se refiere Mortati es un concepto precisamente basado en contenidos axiológicos, como también lo es el concepto de Constitución material propuesto por Loewenstein; en ambos se deja traslucir la idea de que la Constitución no es simplemente un conjunto de regulaciones de órganos y procedimientos de carácter formal, sino que, además de ellos, y también a través de ellos, se aprecia un contenido plenamente axiológico. Por otro lado, el concepto de Constitución material basado en la mayor importancia constitucional de determinados contenidos implica también que tales contenidos —ya sean de carácter orgánico o dogmático— tienen una especial significación valorativa, aunque no creo que con base en este criterio pueda realizarse una distinción entre las diferentes normas de la Constitución formal que afecte al valor normativo de estas, que, en línea de principio, debe ser igual para todas. Por último, debe tener igual interpretación, a los efectos que ahora se trata, el concepto estricto de Constitución material que recoge Crisafulli.

8. ALGUNAS IDEAS DE INTERÉS PARA LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Como se dijo al inicio de este trabajo, si bien los valores superiores de nuestra norma fundamental requieren un análisis principalmente jurídico-constitucional, el estudio de las doctrinas filosóficas y filosófico-jurídicas sobre los valores no carece de utilidad para el entendimiento del completo significado de dichos valores constitucionales. Ello es así porque sirven de base para un intento fundamentador o justificador de los mismos. Por otro lado, algunas de dichas doctrinas aportan ideas sobre el posible significado de la calificación como “superiores” de los valores del artículo 1.1, aunque ya puedo adelantar que, desde mi punto de

vista, esta superioridad no puede entenderse jerárquicamente desde el ámbito jurídico.

A ambos temas —fundamentación de los valores y superioridad de los mismos— me he referido con mayor amplitud en otro trabajo;⁹⁴ en este estudio, cuyo objeto central era el repaso de las principales doctrinas sobre los valores, solo cabe ahora apuntar de forma resumida, como conclusión, qué utilidad tienen para el derecho constitucional español algunas de las doctrinas que he comentado.

En este sentido, cabe afirmar en primer lugar que la Constitución española parece rechazar todo relativismo valorativo entendido en sentido estricto, pues la sola referencia a unos “valores superiores”, junto con muchos otros valores y principios, demuestra que nuestra norma fundamental ha optado por asumir determinados contenidos materiales que se imponen a todos los poderes públicos. Creo que aunque el significado de los valores no tenga la precisión y concreción de otros conceptos jurídicos, tampoco es tan absolutamente ambiguo que puedan convertirse en conceptos vacíos. Al contrario, existen ciertos elementos —entre los que puede destacarse el propio “contexto constitucional” de los valores, así como la concepción que tiene la sociedad sobre ellos en un momento dado— que permiten precisar aceptablemente su significado, determinando así cuáles son las opciones axiológicas fundamentales de la Constitución, las cuales suponen mandatos, tanto de signo negativo o limitativo, como positivos a todos los poderes públicos.

Ahora bien, aun rechazando que la Constitución acoja las doctrinas relativistas sobre los valores, debe reconocerse que las ideas de pluralismo y tolerancia, presentes en la doctrina kelseniana expuesta páginas arriba, están plenamente asumidas por nuestro texto constitucional, incluso de forma expresa. Ello tiene como consecuencia fundamental el impedir que la Constitución sea entendida como un “orden cerrado” ante el que no quepa defender opciones ideológicas diferentes o incluso contrarias al mismo. Y por lo que se refiere a los poderes públicos —especialmente al legislador—, implica que no se encuentran tampoco con

⁹⁴ Díaz Revorio, F. J., *Valores superiores e interpretación...*, cit.

un marco cerrado dentro del que no quepan diferentes formas de desarrollar las correspondientes funciones políticas; aunque en este caso, como es lógico, solo caben aquellas opciones políticas compatibles con el sistema constitucional de valores —que, en líneas generales, serían todas las tendencias políticas democráticas—, salvo que se reforme la propia Constitución. El sistema de valores en ella contenido configura ciertamente un “programa” ideológico, que impide que el legislador y los restantes poderes puedan tomar decisiones políticas contrarias al mismo; pero dicho programa es lo suficientemente abierto.⁹⁵

En cuanto a las doctrinas que hemos denominado “objetivas”, desde luego debe reconocerse que, como ya he apuntado, la expresión “valores superiores”, parece remitir o “recordar” a la filosofía de los valores. Sin embargo, desde el punto de vista de la fundamentación, no creo que las doctrinas de este tipo sean útiles desde el punto de vista jurídico, ni por tanto sean aplicables a nuestra Constitución. En primer lugar, el método de conocimiento propio de estas doctrinas, la intuición, no resulta demasiado fiable en el terreno jurídico. Además, jurídicamente los valores vienen ya determinados por la propia Constitución. En fin, la mayoría de las doctrinas objetivas sobre los valores conllevan una ordenación jerárquica entre los mismos, que no parece que pueda traducirse jurídicamente cuando todos los valores poseen el mismo rango y fuerza, que son los propios de la norma que los recoge —la Constitución—, de manera que no creemos que sea posible una ordenación jerárquica entre los mismos, si es que se quieren extraer de la misma efectos jurídicos.

En cuanto a las teorías “subjetivistas” o “neoliberales”, ya he destacado que las mismas tienden a fundamentar los derechos y valores de corte liberal, ya que el procedimiento de fundamentación suele ignorar las circunstancias reales y concretas. Desde el punto de vista de un sistema constitucional concreto, pienso que los valores que debe recoger la norma fundamental no son determinados ni encuentran su justificación en esa situación hipotética en la que individuos en circunstancias especiales o “condicio-

⁹⁵ Sobre el tema véase Díaz Revorio, F. J., *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

nes de pureza” o una figura ideal, extraen los valores o principios fundamentales.

Por ello, creo que la fundamentación de los valores superiores en nuestro sistema constitucional ha de venir por la vía consensual, ya que los mismos reflejan el acuerdo mayoritario plasmado a través del poder constituyente. Pero este consenso no es el producido en una situación de “diálogo ideal”, como proponía Habermas, sino que, en palabras de Peces-Barba, “es el acuerdo que aquí y ahora, y teniendo en cuenta todas las connotaciones de la historia reciente, hacen los españoles de 1978”.⁹⁶ Por tanto, se estaría hablando de un consenso real e histórico; sin embargo, para evitar caer en el cierto relativismo axiológico que conllevaría una total indiferencia ante un consenso histórico nuevo y opuesto, capaz de implantar unos “disvalores”, puede encontrarse una fundamentación racional a este acuerdo. Esta fundamentación sería la derivada de la dignidad humana (recogida en nuestra Constitución en el art. 10.1), pero no entendida tampoco en un sentido ahistórico inalterable, sino referida a cada momento histórico concreto, ya que las exigencias de la dignidad también van evolucionando con el tiempo.⁹⁷ En todo caso, la referencia a la dignidad evita la conclusión de que cualquier consenso pueda tener la misma legitimidad, desde el punto de vista de su fundamentación —aunque, desde luego, desde el punto de vista jurídico, cualquier acuerdo de reforma que siga las reglas de procedimiento previstas en la Constitución sería válido—.

En fin, este tipo de fundamentación evita también caer en el error —desde mi punto de vista— de considerar que los valores a los que la Constitución califica como “superiores”, lo son desde

⁹⁶ Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 108.

⁹⁷ Este tipo de fundamentación está basado en la propuesta de Eusebio Fernández para los derechos humanos, recogida en el trabajo “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, pp. 77 y ss.; también en “Estado, sociedad civil y democracia”, en Fernández, E. (ed.), *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 1996, pp. 149 y ss., especialmente, 156 y ss. En las mismas ideas se basa Peces-Barba, G., *Los valores superiores...*, *cit.*, pp. 108 y ss., para fundamentar los valores superiores en nuestra Constitución.

un punto de vista jurídico estricto. No cabe por ello hablar de “jerarquías de valores” en la Constitución, ya que todos ellos encuentran su justificación en el acuerdo mayoritario que fundamenta la obra del poder constituyente, que ha incluido en la norma fundamental una serie de valores y principios, ninguno de los cuales ha de sacrificarse totalmente en beneficio de otros.⁹⁸ Lo contrario sería caer en la “tiranía de los valores” de la que hablaba Schmitt, sacrificando los valores inferiores en favor de los superiores. Los conflictos entre los valores que pudieran producirse en los casos concretos han de resolverse, en mi opinión, por la vía de la ponderación entre ellos, que ha de realizarse en cada caso. Y en esta ponderación ha de tenerse en cuenta, cuando no quepa una realización simultánea de los valores en juego, como un criterio para dar preferencia a uno de ellos —repito, en el caso concreto—, una cierta “preferencia” o “prioridad” que supone la calificación como superiores de determinados valores. Pero, mientras sea posible, ha de prevalecer una interpretación armonizadora de los mismos. Como se ha señalado, la coexistencia de valores y principios exige que cada uno de ellos se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.⁹⁹

En realidad, en el tema de la fundamentación de los valores subyace la disyuntiva entre iusnaturalismo y positivismo, problema en el que no cabe entrar aquí. Solo cabe apuntar que, desde mi punto de vista, el hecho de que la Constitución acoja determinados valores y principios fundamentales supone el rechazo del positivismo teórico más estricto y tradicional, que permanece ciego a todo contenido que al menos parcialmente trascienda al derecho —lo que sucede con los valores—; y que al menos originariamente consideraba que los valores y principios, con sus

⁹⁸ Sobre el tema, Rodríguez Molinero, M., “¿Hay un orden jerárquico de valores en la Constitución?”, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica-Servicio de Publicaciones, 1988, vol. I, pp. 509 y ss.

⁹⁹ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, trad. de Marina Gascón (*Il Diritto mitte. Logge, diritti, giustizia* (1992)), Madrid, Trotta-Comunidad de Madrid, 1995, p. 14.

aspiraciones ético-políticas, escondían un vacío jurídico,¹⁰⁰ de manera que no debían ser acogidos por el derecho y, si lo eran, esas fórmulas carecían de todo significado, o incluso distorsionaban el ordenamiento. Sin embargo, es cierto que determinadas corrientes positivistas han ido admitiendo la inclusión de valores en los textos jurídicos.

En realidad, la propia positivación de los valores los convierte en elementos jurídicos; se ha dicho que los principios constitucionales representan “el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo”, ya que son la positivación de lo que durante siglos fue prerrogativa del derecho natural.¹⁰¹ En mi opinión, no existe fundamento constitucional para situar a nuestro texto normativo fundamental en el ámbito del iusnaturalismo. La referencia a los valores no es base suficiente para ello, ya que la cuestión a que me refiero dependerá de la fundamentación que se dé a los mismos. Partiendo de una fundamentación consensual como la que he esbozado líneas arriba, no cabe situarse en posiciones iusnaturalistas; y si bien la referencia a la dignidad humana como fundamento del consenso impide situar dicha fundamentación en el ámbito del positivismo teórico más estricto, no hay que olvidar que la propia dignidad es un concepto histórico y cambiante y que, en todo caso, el acuerdo o consenso mayoritario, plasmado en el poder constituyente, refleja ideas positivistas.

Por último, cabe esbozar una breve conclusión sobre la utilidad o consecuencias del concepto de “Constitución material”, en relación con los valores. En efecto, la presencia de valores y contenidos materiales en la Constitución permite hablar, en un cierto sentido —no en el que daba a la expresión Mortati— de “Constitución material”. Ello implica que la Constitución no es puramente un conjunto de reglas sobre procedimiento, ya que sus valores y principios marcan una orientación, un “programa”. Pero, como ya he apuntado antes, ese programa no es cerrado, sino al menos parcialmente abierto, y ello por exigencias del pluralismo como valor, pero también del pluralismo de valores. Sin embargo, la “Constitución material” marca unos límites y, al

¹⁰⁰ En este sentido, Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, cit., p. 112.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 114.

tiempo, impone unos mandatos de actuación a todos los poderes públicos, ya que ellos serán quienes realmente podrán hacer “reales y efectivos” los valores constitucionales.

En fin, como he tratado de mostrar, la presencia de unos valores superiores en la Constitución posee una importancia fundamental para todo el sistema. La amplia reflexión filosófica, jurídica y política producida en el pensamiento contemporáneo en torno a los valores ayuda a fundamentar su presencia en la Constitución y a comprender su importancia.

BIBLIOGRAFÍA

- Barile, P., *Istituzioni di diritto pubblico*, 4ª ed., Padua, Cedam, 1982.
- , “Los valores superiores, los principios fundamentales, y los derechos y libertades públicas”, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dir. por A. Predieri y E. García de Enterría, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1981 (reimp. 1988).
- Crisafulli, V., *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padua, Cedam, 1970, vol. I.
- Díaz Revorio, F. J., *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- , *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid CEPC, 1997.
- Dworkin, R., *Taking rights seriously* (1977), trad. de A. Calsamiglia (*Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984).
- Estévez Araujo, J. A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- Fernández, E., “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981.
- , “Estado, sociedad civil y democracia”, en Fernández, E. (ed.), *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 1996.
- Fronzizi, R., *¿Qué son los valores?*, 4ª ed., México, FCE, 1968.

- Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993.
- Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1985.
- , *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. de J. Nicolás Muñoz y R. García Cotarelo, Madrid, Taurus, 1981.
- , *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987.
- Hartmann, N., *Ethik*, 3ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1949.
- Heller, A., *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, trad. de M. Sacristán, Barcelona, Grijalbo, 1974.
- Heller, H., *Teoría del Estado*, 14ª reimp., Madrid, FCE, 1992.
- Kelsen, H., *¿Qué es justicia?*, trad. y estudio preliminar de Albert Calsamiglia, 20ª ed., Barcelona, Ariel, 1992.
- , *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1931))*, trad. de R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, 2ª ed., trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1958 (reimp., 1979).
- , “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.
- Kriele, M., *Introducción a la teoría del Estado (Fundamentación histórica del Estado constitucional democrático)*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- Llamas Cascón, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1992.
- Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1976.
- Mortati, C., *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940.
- , “Istituzioni di diritto pubblico”, 9ª ed., Padua, Cedam, 1975.
- Ortega y Gasset, J., *Obras completas*, 6ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1964, t. 6.

- Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1991.
- , *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.
- Peralta, R., *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense, 1994.
- Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1986.
- Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- Radbruch, G., *Der Begriff des Rechts* (1914), en Mainhofer, W. (ed), *Begriff und Wesen des Rechts*”, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1973.
- Rawls, J., *Teoría de la justicia* (1971), trad. de M. D. Domínguez, Madrid, FCE, 1979.
- Recaséns Siches, L., *Tratado general de filosofía del derecho*, 10ª ed., México, Porrúa, 1991.
- Rodríguez Molinero, M., “¿Hay un orden jerárquico de valores en la Constitución?”, en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica-Servicio de Publicaciones, 1988, vol. I.
- Rodríguez Paniagua, J. M., *Historia del pensamiento jurídico*, 6ª ed., Universidad Complutense, 1988, vol. II.
- Ruyer, R., *La filosofía del valor*, México, FCE, 1969.
- Scheler, M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Werthetik* (1927), en *Gesammelte Werke*, 1954 (trad. francesa de M. de Gandillac, *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*, 7ª ed., París, Editions Gallimard, 1955).
- Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983.

- , *La tiranía de los valores*, trad. de A. Schmitt de Otero, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 115, 1961.
- , *Legalidad y legitimidad*, trad. de José Díaz García, Madrid, Aguilar, 1971.
- , *Teoría de la Constitución*, 10ª ed., trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1992.
- Smend, R., *Constitución y derecho constitucional*, trad. de J. M. Beneyto Pérez (*Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928), Madrid, CEC, 1985.
- Spagna Musso, E., *Diritto Costituzionale*, 2ª ed., Padua, Cedam, 1986.
- Stammati, S., “La riflessione sulla Costituzione in senso materiale: l’opera di Costantino Mortati nel periodo dello Stato autoritario”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990.
- Vilas Nogueira, J., “Los valores superiores del ordenamiento jurídico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984.
- Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, trad. de Marina Gascón (*Il Diritto mitte. Logge, diritti, giustizia* (1992)), Madrid, Trotta-Comunidad de Madrid, 1995.

Constitución abierta vs. democracia militante

1. LA DEFENSA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

Los peligros de perversión de los regímenes constitucionales democráticos, basados en la libertad, la igualdad y el pluralismo, pueden venir, y así ha sucedido históricamente, tanto “desde fuera” como “desde dentro”. En el primer supuesto, se trataría de movimientos violentos o revolucionarios que intentan alcanzar el poder político al margen de los medios legales previstos para ello, para después cambiar el propio régimen político. En el segundo caso, se estaría ante el hecho del acceso legal —es decir, por medios democráticos— al poder, con el objetivo de, desde el propio poder, dismantelar el régimen democrático y las libertades, convirtiéndolo en un régimen autoritario.

Este supuesto, quizá menos frecuente en la práctica, no deja de ser más sorprendente y, sobre todo, más peligroso, pues si bien los sistemas democráticos utilizan todos los medios legales para impedir el acceso violento de sus *enemigos* al poder, por el contrario, podría parecer que están *ofreciendo* sus propios métodos a esos *enemigos* para que, alcanzado el poder, acaben con la democracia misma. Esta es la cuestión que se tratará a continuación.

En todo caso, el supuesto que se ha comentando no es meramente teórico o hipotético, pues es bien sabido que tanto históricamente como en la actualidad, se ha producido en varios Estados. Sin duda alguna, el caso más impresionante de todos es el

del hundimiento de la República de Weimar; cabe recordar que tras el acceso democrático del partido nazi al control del Reichstag (230 diputados en 1932), Hindenburg nombra canciller a Hitler el 30 de enero de 1933. A partir de este momento, y con base en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que permitía una especie de dictadura del presidente del Reich, se produce el desmantelamiento del Estado liberal de derecho weimariano. Sin pretender analizar este hecho en profundidad, sí parece cierto que la intención de los nazis era utilizar la democracia para acceder al poder y después prescindir de ella. Ya en 1928 Goebbels había proclamado que su partido iría al Parlamento “para paralizar el espíritu de Weimar con su propio apoyo. Si la democracia es lo suficientemente tonta como para darnos dietas y transportes gratis, es cosa suya. [...] ¡Venimos como enemigos! ¡Como el lobo sobre el rebaño de ovejas, así es como venimos!”.¹ Ante esta situación, se ha criticado la “pasividad” y neutralidad del sistema democrático, que no quiso o no pudo defenderse. Señala Schmitt que el presidente del Reich, Hindenburg, fiel al juramento prestado de defender la Constitución, trató de informarse sobre el significado de este juramento, “sacando la consecuencia de que el objeto de su juramento y de su fidelidad era tan solo un procedimiento de tránsito, una puerta abierta a cualquier posible enemigo, siempre que este se presentase como «sólida combinación gubernamental», legalizándose por ese solo hecho”.²

Por lo demás, hechos parecidos se han producido también recientemente en diversos Estados del mundo, aunque en ocasiones la solución ha sido diversa y más beligerante: a título de ejemplo, cabe recordar la situación creada en Argelia tras el triunfo, en la primera vuelta de las elecciones de diciembre de 1991, del fundamentalista Frente Islámico de Salvación, y la posterior asunción del poder por un Consejo de Estado, con la suspensión

¹ Cita tomada de Stern, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1987, p. 385.

² Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971, Introducción, p. XXIII. Debe tenerse en cuenta que si bien la edición original de este escrito es de 1932, la Introducción que citamos es posterior, lógicamente, a todos los hechos que comenta.

del proceso electoral; cabe aquí apreciar un cierto “sacrificio” de la democracia en defensa de la misma que, sin embargo, no encontró como resultado la estabilidad política. Más allá de este ejemplo, hay que constatar en el mundo árabe la amenaza del integrismo islámico de corte radical, que está dispuesto a utilizar para el acceso al poder tanto las vías revolucionarias o violentas como los propios mecanismos democráticos. Turquía ha tratado de defenderse de esa amenaza mediante la declaración de inconstitucionalidad de diversos partidos contrarios al sistema, incluso de tendencia fundamentalista islámica —hay que recordar que Turquía es un Estado constitucionalmente laico—, lo que ha provocado varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;³ aunque los resultados electorales vuelven a poner de manifiesto la ineficacia de esas medidas.

En todo caso, el peligro de ascenso al poder o de incremento significativo de representación de grupos o tendencias totalitarias o fascistas puede hoy percibirse en varios lugares del planeta, y particularmente en algunos Estados de Europa occidental en los que han experimentado un cierto auge los movimientos neofascistas o neonazis; así parece suceder en los últimos años, aunque con diferencias en cada país, en Austria, Alemania, Italia o Francia. La amenaza de acceso al poder, por vías democráticas, de personas o grupos políticos contrarios al propio sistema

³ Sentencia de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado (TBKP) y otros vs. Turquía*; sentencia de 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista (SP) y otros vs. Turquía*; sentencia de 8 de diciembre de 1999, *Partido de la Libertad y la Democracia (ÖZDEP) vs. Turquía*; sentencia de 9 de abril de 2002, *Partido del Trabajo del Pueblo (HEP) y otros vs. Turquía*. En todos ellos se entendió vulnerado el art. 11 del Convenio europeo, relativo a la libertad de asociación. En cambio, en la sentencia de 31 de julio de 2001, *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros vs. Turquía*, el TEDH no consideró que se hubiera producido vulneración del convenio por la disolución de este partido fundamentalista islámico, que formaba parte del Gobierno, y asumía en sus actuaciones la *Sharia* (ley islámica) y la *Jihad* (guerra santa). Un interesante comentario de esta sentencia, que también se refiere brevemente a las anteriormente mencionadas, en García Roca, J., “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, pp. 295 y ss.

de libertad y democracia —o que más tarde tratan de desmontar el propio sistema “desde dentro”—, existe también en América. En el caso concreto de Perú, es lamentablemente conocido el supuesto de la perversión del sistema político democrático, después de acceder al poder mediante una victoria electoral, utilizando los mecanismos que ofrece el propio sistema democrático.

Este punto de partida histórico es una buena referencia para la reflexión sobre si las constituciones de los Estados democráticos y libres deben articular medios para defenderse ante una posible destrucción de la propia democracia y de la libertad, invocando y utilizando estos mismos valores y los procedimientos y derechos en que se traducen. En el fondo subyace la cuestión de los valores en la Constitución o, si se quiere, la tensión entre un concepto formal y otro material de democracia.

Ciertamente, mecanismos de protección de sistemas democráticos frente a quienes constituyen una amenaza para los mismos se han conocido en muy diversos momentos históricos;⁴ pero situándonos en las constituciones occidentales modernas, cabe encontrar dos sentidos de la expresión “defensa de la Constitución”.⁵ En primer lugar, nos referiríamos al conjunto de

⁴ Basta recordar, salvando las considerables distancias, el *ostracismo* de la antigua democracia ateniense.

⁵ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución* (publicada por primera vez en 1929), trad. de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 27 y ss., realiza una ojeada sobre formas históricas de defensa de la Constitución —en sentido amplio—, señalando como tales el juramento a la Constitución, el derecho a formular quejas o acusaciones por infracción de la Constitución, o la reforma de la misma, siendo los órganos históricamente encargados el Senado, los tribunales de justicia o el rey. Sin embargo, esta obra es un alegato contra la defensa de la Constitución por los tribunales de justicia constitucionales, y en favor de que tal labor fuese realizada por el presidente del Reich. Por lo demás, cabe señalar que para Schmitt la Constitución que ha de ser defendida no es el texto constitucional concreto, sino la decisión política fundamental del titular del poder constituyente. Stern, K., *Derecho del Estado de la República...*, cit, pp. 370 y ss., señala una serie de medidas e institutos de defensa de la Constitución, como son: la propia fuerza normativa de la Constitución y su capacidad de crear una “mentalidad constitucional”; las dificultades para su reforma, las “inviolabilidades constitucionales” —estado de excepción, prohibición de mo-

mecanismos y órganos de reacción del texto constitucional frente a su infracción, siendo principalmente la reforma de la Constitución, cuando esta es rígida, y un órgano encargado específicamente de la sanción de tales infracciones, principalmente cuando parten de los demás órganos constitucionales; también en esta línea pueden señalarse los diversos recursos y garantías jurisdiccionales, como el amparo, así como otros instrumentos de garantía general, como las reservas de ley. En este primer sentido me parece más propio hablar de “garantía de la Constitución”, que comprendería el conjunto de mecanismos jurídicos para asegurar la supremacía de la Constitución, considerada como norma jurídica suprema de un ordenamiento.

Por otro lado, cabe hablar también de un concepto más estricto de defensa de la Constitución, que es el que a nosotros nos interesa, y que comprendería el conjunto de mecanismos destinados a salvaguardar los valores fundamentales de un sistema constitucional, como son la separación de poderes, los derechos fundamentales y el principio democrático. En este sentido, el objeto de protección no es tanto la Constitución como norma jurídica sino como sistema de valores fundamentado históricamente, que dota de legitimidad a un sistema político dado. Es decir, estaríamos ante un sentido material-garantista de Constitución, y los instrumentos para su defensa pueden ser jurídicos o políticos. Desde esta perspectiva, podrían destacarse como mecanismos de defensa constitucional la suspensión, privación o los límites establecidos a los derechos fundamentales, cuando estos se utilizan en contra del orden constitucional de valores;

dificación o suspensión en estado de necesidad legislativa—; la justicia constitucional con amplias competencias; determinados aspectos organizativos y procedimentales —como la división y contrapeso de poderes, o la composición colegiada de los órganos estatales—; la estructura federal del Estado, el deber de fidelidad de los funcionarios; el derecho de excepción o de necesidad —muy limitado en la Ley Fundamental de Bonn, tras la experiencia de Weimar—; el derecho de resistencia del art. 20.4 —aunque este es una arma de doble filo que podría utilizarse para rodear de apariencia de legalidad acciones ilegales—; el principio de publicidad y la libertad de prensa e información, así como los derechos de los ciudadanos en general, que intervienen frente a la actuación inconstitucional de los órganos estatales. Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, CEC, 1985, pp. 11 y ss.

aunque la misma rigidez constitucional puede servir también a esta finalidad, en particular cuando se dificulta o se imposibilita jurídicamente la reforma de ciertos preceptos de la norma fundamental, que contienen los valores esenciales del sistema. Además, desde una perspectiva amplia, todos los instrumentos antes mencionados como mecanismos de garantía de la Constitución pueden actuar también como instrumentos de defensa de sus valores.

En esta línea, si bien con una perspectiva más estricta, De Otto⁶ entiende por defensa de la Constitución la técnica constitucional consistente en ilegalizar actividades que no suponen infracción de normas constitucionales ni ilícitos penales, pero que tienen como finalidad atacar el orden constitucional subyacente. Este puede entenderse como el conjunto de fines o valores plasmados en la Constitución y a los que esta sirve; este orden o sustancia política, y no las concretas normas, son el objeto de la defensa de la Constitución. Stern habla de “protección de la Constitución” en sentido estricto, que tiene por objeto el orden fundamental liberal-democrático, la existencia y seguridad de la federación o la de un *Land*. El orden fundamental liberal democrático sería, según el Tribunal Federal, “el orden político basado en el Estado de Derecho sobre la base de la autodeterminación del pueblo según la voluntad de la mayoría, de la libertad y de la igualdad”.

En ese sentido, preferimos aludir a la “defensa de los valores constitucionales”. Parecida justificación tiene la referencia a los *enemigos* de dicho orden constitucional, pues continuando con la idea expuesta, no toda infracción del derecho constitucional positivo supone un ataque del orden constitucional. Por ello, a pesar de que pudiera admitir otros significados, he preferido la utilización de este término para referirme a quienes pretenden subvertir el orden constitucional, aun utilizando los medios que ofrece la propia Constitución; parece claro que no podría hablarse, más que de forma genérica e imprecisa, de defensa contra infractores, siendo más exacta la calificación de enemigos.

⁶ Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., p. 14.

El paradigma de defensa de la Constitución, en este sentido, puede encontrarse sin duda en la Ley Fundamental de Bonn, precisamente como comprensible reacción al sistema de Weimar. El texto fundamental alemán recoge mecanismos de defensa tales como una amplia “cláusula de intangibilidad” en relación con su reforma; limitaciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales a fin de evitar un uso de los mismos dañino para el orden constitucional, y la prohibición de asociaciones y partidos políticos cuyos fines sean contrarios al propio orden fundamental liberal-democrático.

Todos estos mecanismos han hecho utilizar la expresión “democracia militante”, en tanto democracia vinculada a valores, a cuya defensa se obliga, de forma que, según el propio Tribunal Constitucional Federal, tales valores, “[u]na vez aprobados democráticamente, deben ser reconocidos como valores absolutos y, por ello, defendidos decididamente frente a cualquier ataque; si, con objeto de esta defensa, resulta necesario adoptar limitaciones de la libertad de actuación política de los adversarios, ello es algo admitido”.⁷ Se considera que la defensa de la democracia, como “la más indefensa de las formas de ordenación política”, es legítima, pues no cabe exigirle a la misma que se autodestruya, que legalice su propio suicidio.⁸ El objeto de la defensa es el ordenamiento fundamental democrático liberal, que representa un orden jurídico fundamentado en la igualdad, la libertad y la autodeterminación del pueblo, y cuyos principios fundamentales son: los derechos del hombre, la soberanía del pueblo, la división de poderes, la responsabilidad del gobierno, la legalidad de la Administración, la independencia de los jueces, la pluralidad de los partidos y su igualdad de oportunidades, así como el derecho a la formación y ejercicio constitucional de una oposición.⁹ Como se ha destacado,¹⁰ a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se pasa de la interpretación aislada de los mecanismos de defensa de la Constitución recogidos en pre-

⁷ BVerfGE 5, 85 (139), cit. por Stern, K., *Derecho del Estado de la República...*, cit., p. 387.

⁸ *Ibidem*, p. 388.

⁹ BVerfGE, 2, 1 (12), 23 de octubre de 1952.

¹⁰ Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., pp. 22-23.

ceptos concretos de la misma, a la formulación de un principio de “democracia militante”, derivado del texto fundamental y que actúa más allá dichos mecanismos.

Con todo, hay que insistir en que el mencionado principio obedece en Alemania a sus circunstancias históricas concretas, que provocaron que la Ley Fundamental de Bonn tratase de evitar la repetición de las experiencias anteriores.¹¹ Sin embargo, existen problemas mucho mayores para poder apreciar tal principio en la Constitución española, que no parece contener ningún precepto concreto que dé apoyo a la idea de “democracia militante”. Este es el tema que me propongo estudiar en estas páginas, siquiera sea en sus aspectos más importantes. Sin olvidar la referencia alemana, intentaré discernir si puede deducirse de los valores constitucionales un principio de “democracia militante”, o al menos si existen argumentos para entender que en supuestos concretos, la Constitución española no es completamente indiferente ante los ataques que pueda sufrir “desde dentro”, esto es, si llegado el caso, es capaz de “defenderse” a sí misma.

2. LOS LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA COMO DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

2.1. Planteamiento

Es generalmente admitido que el procedimiento de reforma de la Constitución, en los textos de carácter rígido, es un mecanismo de defensa de la misma en sentido amplio. Ello es así porque garantiza la estabilidad de la Constitución, al dificultar su modificación, si bien, como señala Bryce,¹² la rigidez constitucional puede provocar en ocasiones que los partidos que pretenden el cambio

¹¹ El mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido estas particulares circunstancias de Alemania en la sentencia *Vogt vs. Alemania*, de 26 de septiembre de 1995, justificando con carácter general la exigencia de fidelidad constitucional a los funcionarios (aunque en el caso concreto se señala que se ha producido vulneración de los arts. 10 y 11 del Convenio).

¹² Bryce, J., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, CEC, 1988, pp. 92 y ss.

del texto fundamental, sin disponer de la mayoría legalmente prescrita para ello, lo intenten de forma brusca o revolucionaria. En todo caso, siguiendo al citado autor, la rigidez constitucional, junto al grado de estabilidad que provoca, dificulta también el necesario acomodo del texto fundamental a las cambiantes circunstancias políticas y sociales.

Desde el punto de vista de la defensa del orden constitucional en sentido estricto, más allá de la rigidez existen supuestos de absoluta inmodificabilidad o “cláusulas de intangibilidad”, surgidas precisamente a raíz de la experiencia de la Europa de entreguerras, en los textos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, para preservar de cualquier enemigo los principios y valores fundamentales. Por otro lado, surgen en algunas Constituciones rígidas, como la española, cláusulas de superrigidez, con la finalidad de dificultar enormemente la reforma de ciertos aspectos o principios que se consideran básicos o esenciales en el orden constitucional. En relación con ello surge el problema de los *límites implícitos* a la reforma constitucional: si existen, cómo actúan y de dónde pueden deducirse. A continuación intentaré analizar la problemática que conllevan todos estos mecanismos y su posible significado como defensa de la Constitución, con especial referencia al problema en la Constitución española.

Antes, creo conveniente aclarar el sentido que daré a los términos que voy a utilizar; para lo cual me basaré en la clasificación de los límites materiales a la reforma que hace Canotilho.¹³ Por lo que ahora interesa, distingue este autor entre:

- a) *límites expresos*, que son los que se prevén en el propio articulado de la Constitución —serían las cláusulas de intangibilidad—, y
- b) *límites no articulados o tácitos* —que nosotros llamaremos también implícitos—; este segundo grupo comprende tanto los:
 - b.1) *límites textuales implícitos*, que se deducen del propio articulado de la Constitución, aunque no aparezcan expresamente configurados como tales, y

¹³ Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 1129.

- b.2) límites tácitos o implícitos en sentido estricto, que serían inmanentes al orden de valores constitucional.

Desde otro punto de vista, cabría distinguir entre *límites absolutos*, que no pueden ser superados por el poder de revisión, y *límites relativos*, que serían meros condicionamientos a la reforma, no impeditivos de la modificabilidad; dentro de estos últimos cabría encuadrar a las que hemos denominado “cláusulas de suprigidez”.

2.2. Las cláusulas de intangibilidad

Como se ha dicho, tras la Segunda Guerra Mundial, varios textos constitucionales introdujeron cláusulas prohibitivas de la reforma de ciertos aspectos que se consideraban fundamentales. Observa Pérez Royo¹⁴ que paradójicamente, la incorporación de tales límites materiales expresos a los textos constitucionales va acompañada de una “desproblematización” del tema de los límites a la reforma constitucional, tema fundamental en la época de entreguerras; ello es debido a la menor importancia de los principales factores que provocaron la debilidad o fragilidad de los textos posteriores a la Primera Guerra Mundial, los cuales eran la existencia de fuerzas contrarias a los principios democráticos constitucionales con una presencia parlamentaria importante, así como el “peligro” del comunismo soviético.

Lo cierto es que la experiencia de la década de los treinta fue motivo suficiente para que en los cuarenta y cincuenta surgieran límites expresos absolutos a la reforma; en cualquier caso, estimamos que tales cláusulas siempre responden de uno u otro modo a un peligro real, que aunque con el tiempo pueda atenuarse, nunca está exento de reaparecer.

Los ejemplos más conocidos y más importantes de cláusulas de intangibilidad en Europa son el de la Constitución italiana de 1947, cuyo artículo 139 declara que la forma republicana no pue-

¹⁴ Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pp. 103 y ss.

de ser objeto de revisión; en idéntico sentido se pronuncia el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958, si bien añade que no se podrá iniciar ni proseguir procedimiento de reforma alguno que atente contra la integridad del territorio. Es claro que la protección de la forma republicana de gobierno tiene un sentido diferente a la del orden constitucional democrático, enmarcándose en la dialéctica monarquía-república y con un fundamento principalmente histórico: así, en Italia tal cláusula viene precedida del referéndum que, un año antes de la aprobación de la Constitución, hizo triunfar por escaso margen a la forma republicana de gobierno sobre la monarquía. En Francia, la tensión entre ambas formas de gobierno ha sido manifiesta, sobre todo a lo largo del siglo XIX, remontándose la “tradicción” de la defensa de la forma republicana a la ley constitucional de 14 de agosto de 1884. Por lo que se refiere a la protección de la integridad territorial, se trata de una disposición similar a la que se contenía en la Constitución de 1946 y que obedece, como se ha destacado,¹⁵ a la intención de evitar que se repitan las condiciones en las cuales se produjo la revisión de 10 de julio de 1940, a iniciativa del Mariscal Petain, mientras Francia estaba ocupada.

La más amplia de las cláusulas de intangibilidad se encuentra en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 79.3 declara “inadmisible” toda modificación de la Ley Fundamental que afecte a la división de la federación en *Länder*, o al principio de la cooperación de los *Länder* en la legislación, o a los principios contenidos en los artículos 1 (dignidad del hombre; inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos del hombre; aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales) y 20 (Estado federal, democrático y social; el poder público emana del pueblo; separación de poderes).¹⁶

¹⁵ Picard, Étienne, “Les révisions constitutionnelles en France”, en *Revista Española de Derecho Político*, núm. 37, 1992, p. 346.

¹⁶ En cambio, el derecho de resistencia, introducido como art. 20.4 por la ley de reforma de la Ley Fundamental de 24 de junio de 1968, no es intangible, pues la disposición del art. 79.3 ha de interpretarse de forma estricta y no puede ampliarse implícitamente por el legislador que reforma la Constitución; en cambio, la reforma del art. 1.3 por ley de 19 de marzo de 1956 no afecta a la cláusula de intangibilidad, al no suponer ampliación material. Puede verse en Stern, K., *Derecho del Estado de la República...*, cit. p. 352.

Sin embargo, esta amplia cláusula de intangibilidad no afecta al poder constituyente de toda Alemania, al cual se refería el artículo 146 de la Ley Fundamental de Bonn, que limitaba —y aún hoy limita— la vigencia de la Ley Fundamental hasta la entrada en vigor de una futura Constitución de toda Alemania.¹⁷ Como se sabe, la unificación alemana se llevó a cabo por otra vía (la del art. 23 que, tras la enumeración de los *Länder* sobre los que proyecta su vigencia, preveía su entrada en vigor en otras partes de Alemania tras la incorporación de las mismas), pero la propia ley de reforma de 23 de septiembre de 1990, que modifica también el artículo 146, mantiene la posibilidad de que “entre en vigor una Constitución adoptada en libre decisión por el pueblo alemán”. Parece que esta “libre decisión” no estaría vinculada por la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3. Todo ello plantea el problema de si el poder constituyente no estaría sujeto a límite alguno. Arnold mantiene que el límite infranqueable estaría constituido por los principios de la dignidad humana o del Estado social y de derecho,¹⁸ mientras Stern plantea que el *pouvoir constituant* de toda Alemania está vinculado por el derecho suprapositivo; no dispone de plena libertad jurídica, al estar vinculado por los principios jurídicos supremos, a las normas más importantes de la cultura jurídica común.¹⁹ En todo caso, este aspecto llevaría a la problemática de los límites implícitos, que trataré más adelante.

De cualquier forma, parece que la cuestión más importante es la del sentido y finalidad de estas cláusulas, así como su eficacia. Parece indudable la finalidad de defensa de la Constitución que

¹⁷ En su redacción actual, el art. 146 de la Ley Fundamental de Bonn dispone: “La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán”.

¹⁸ Arnold, R., “La reforma constitucional en Alemania”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, p. 376.

¹⁹ Stern, K., *Derecho del Estado de la República...*, cit, pp. 320-321.

tales cláusulas poseen. Como señala De Otto,²⁰ los límites explícitos muestran que el poder constituyente ha querido de manera expresa señalar el núcleo constitucional indisponible, aportando un dato básico para la determinación del orden constitucional. Este, como se ha indicado, es el objeto protegido por la defensa de la Constitución o, en su caso, por el principio de democracia militante.

De Vega²¹ afirma que la principal finalidad de estas cláusulas es asentar en el más alto nivel normativo los supuestos ideológicos y valorativos del régimen político. Este autor señala, por un lado, un significado político, que se traduce en la ruptura del carácter formalista y neutral de las constituciones burguesas, estableciendo las constituciones sus propios presupuestos de legitimidad y explicitando la identificación ideológica de la Constitución. Por otro lado, las cláusulas de intangibilidad poseen para este autor un significado jurídico que, partiendo de la distinción entre poder constituyente y poder de reforma y la configuración de este como poder limitado, se traduce en la existencia de una “superlegalidad constitucional” inalterable, de carácter material. Los principios protegidos por una cláusula de intangibilidad correrán la misma suerte que el propio ordenamiento constitucional como totalidad, y solo podrán ser suprimidos por el poder constituyente por la vía revolucionaria de los hechos. Siempre según De Vega, tales cláusulas no carecen de efectos: hacen posible que la reforma sea declarada inconstitucional por motivos materiales —posible existencia de “normas constitucionales inconstitucionales”—; además, constituyen un importante medio orientador de la labor del intérprete constitucional, al definir los valores fundamentales del sistema.

No obstante, la inclusión de cláusulas de intangibilidad en los textos constitucionales se ha criticado con diversos argumentos. En primer lugar, señala Aragón Reyes²² que tales límites mate-

²⁰ Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., p. 34.

²¹ Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 247.

²² Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 36 y ss.

riales absolutos suponen una restricción del principio democrático, al forzar al pueblo a ejercer su derecho a revisar o cambiar la Constitución —como elemento de su soberanía política— al margen o fuera del derecho, sin procedimiento ni garantías —al no mudarse la soberanía política en soberanía jurídica—; de esta manera se fuerza a las generaciones futuras a someterse a la voluntad de las generaciones del presente o a expresar la suya al margen de la norma. Por tanto, el poder constituyente admite la autolimitación procedimental, pero no la material. También se han criticado los límites absolutos basándose en exigencias de la lógica jurídica, según las cuales la norma posterior en el tiempo puede abrogar la norma anterior de igual eficacia; o con base en las necesidades prácticas de los ordenamientos constitucionales modernos, que han previsto órganos de reforma de base representativa, precisamente para permitir la evolución de las normas constitucionales.²³ Por otro lado, se ha señalado que tales cláusulas suelen tener una eficacia práctica limitada, pues desde el punto de vista jurídico, cabría reformar la propia cláusula antes de proceder a la reforma que estaba prohibida, es decir, proceder a una reforma de doble grado. Por lo demás, nunca una cláusula de ese tipo puede impedir un cambio en el orden constitucional, aunque quizá sí esté limitando sus posibilidades de desarrollarse por vías jurídicas, con lo que, en realidad, se está dando pie a la revolución en situaciones límite. Desde esta perspectiva, Loewenstein critica las cláusulas de intangibilidad de la Ley Fundamental de Bonn por su supuesta ineficacia, al tratarse —con excepción del sistema federal— fundamentalmente de conceptos genéricos, ambiguos o vagos, cuya reforma podría en muchos casos obviarse, produciéndose el cambio a través de una violación o elusión de la Constitución. Resume este autor su opinión ante

²³ Estas objeciones se señalan, entre otros, por Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho constitucional*, 3ª ed., trad. de P. Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 270 y ss. Para este autor, los límites explícitos a la reforma caracen de valor absoluto y pueden, por tanto, enmendarse por el procedimiento de reforma correspondiente previsto; sin embargo, poseen un valor relativo, por un lado, por su significado político y, por otro, porque exigen la abrogación preventiva de la propia norma “protectora” antes de proceder a la reforma deseada. De esta forma, se elimina la tesis radical de que un cambio de tales principios solo puede hacerse por vía antijurídica.

estas cláusulas afirmando que “seguro que son productos de la buena fe, pero «quien mucho abarca, poco aprieta»”.²⁴

En todo caso, se han señalado también aspectos ventajosos de las referidas cláusulas. De Vega²⁵ contesta algunas de las críticas que antes hemos apuntado basándose en la distinción entre poder constituyente y poder de reforma —que explicaría la limitación del constituyente a las generaciones futuras, las cuales no ejercerán ya el poder constituyente—, y en la existencia de la “superlegalidad constitucional” ya aludida, que impediría en este caso el funcionamiento del principio de que la norma posterior puede derogar a la anterior. En cuanto a la referida posibilidad de la reforma “en doble grado”, la niega este autor, al entender que las propias cláusulas de intangibilidad son lógicamente irreformables. García-Atance²⁶ apoya la limitación del poder de reforma mediante tales cláusulas, añadiendo otros argumentos a los ya vistos: la supremacía de la norma constitucional respecto a las normas de revisión, la función de defensa no jurisdiccional del orden constitucional que desempeñan tales cláusulas, así como la no necesidad de buscar límites implícitos cuando existen límites explícitos y la importante función de destacar el irrenunciable carácter ideológico de la Constitución.

Desde el punto de vista jurídico, parece que la existencia de límites materiales explícitos implica la posibilidad de enjuiciamiento de la ley de reforma, con criterios materiales. Tal enjuiciamiento es solo explicable si se parte de que el poder de reforma no es el poder constituyente.

En conclusión, y desde mi punto de vista, el significado de estas cláusulas limitativas absolutas parece claro: *la Constitución democrática niega a sus enemigos el principal mecanismo jurídico del que podían disponer para pervertir, de forma legal, el orden constitucional democrático y los derechos fundamentales*. Una finalidad principal de tales cláusulas es impedir que “los enemigos

²⁴ Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1982 (ed. original alemana, 1959), pp. 190 y ss.

²⁵ Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 262 y ss.

²⁶ García-Atance García, M. V., “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, pp. 324 y ss.

de la libertad” puedan suprimir la libertad, utilizando las propias facultades que esta comprende. Cualquier supresión de la democracia y de la libertad deberá hacerse por medios revolucionarios, situándose en el plano de la ilegalidad; la Constitución está plenamente legitimada para “luchar” por impedir tales situaciones y tales intentos porque su objetivo está prohibido por ella misma.²⁷ De esta manera, los fines de quienes pretendan eliminar el sistema democrático están prohibidos por la Constitución, lo cual tiene, a mi entender, importantes consecuencias en relación con los medios que puedan utilizar para alcanzar los mismos, como intentaré poner de manifiesto en su momento.

2.3. Los límites implícitos a la reforma

La posible existencia de límites implícitos a la reforma constitucional derivaría de la inmunidad propia de ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos o inherentes a la Constitución. Como aprecia Loewenstein,²⁸ en el tema se implica la cuestión de la existencia o no del derecho natural y, en relación con los derechos fundamentales como límites implícitos o inmanentes, el problema de si estos son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal o si, por el contrario, son otorgados por esta en virtud del orden de la comunidad. Sin embargo, creemos que también es posible propugnar la existencia de tales límites desde posiciones no iusnaturalistas, pues puede apelarse a la conciencia política de la sociedad o a la cultura jurídica, como vimos que hacía Stern. Además, cuando los valores fundamentales que se consideran protegidos están explicitados en la Constitución, siendo por tanto derecho constitucional positivo,

²⁷ Obviamente, las reflexiones anteriores cobran pleno sentido cuando se refieren a los límites materiales que protegen los derechos fundamentales y la soberanía popular (así, el art. 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn en relación con los arts. 1 y 20 de la misma). Cuando lo que se protege es la forma republicana o la integridad territorial, y sin perjuicio de que los argumentos descritos puedan aplicarse en parte —desde un concepto muy amplio de la “defensa” y de los “enemigos”—, el fundamento último, como se ha visto, suele estar en razones históricas.

²⁸ Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 192 y ss.

lo único implícito sería su carácter de límite a la reforma. Con ello podría hablarse de lo que antes hemos denominado *límites textuales implícitos*.

La idea de límites implícitos surge del concepto político —o material-garantista— de Constitución, establecido por la burguesía, y fundamentado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,²⁹ de 26 de agosto de 1789, que afirma:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales y la separación de poderes se convierten en límites que no pueden sobrepasarse. Si bien hoy estos conceptos pueden haber perdido en parte su carácter absoluto o inmutable, el concepto político de Constitución, o la esencia de la Constitución, Constitución material o las decisiones políticas fundamentales, por utilizar diversas terminologías, están presentes en la mayoría de las teorías que defienden límites implícitos a su reforma.

En este sentido, puede ser interesante el tratamiento que realiza Schmitt de los límites a la reforma constitucional.³⁰ Partiendo de su concepto de Constitución como *decisión política del titular del poder constituyente*, distingue este autor entre Constitución y ley constitucional. Las decisiones políticas fundamentales de Weimar —que constituyen la “Constitución”— son: la decisión a favor de la democracia; a favor de la República; de la forma parlamentario-representativa de la legislación y el gobierno; del Estado burgués de derecho con sus principios —derechos fundamentales y división de poderes—. Pues bien, entre las consecuencias fundamentales de la distinción referida está la imposibilidad de reformar la Constitución, como totalidad, por el procedimiento de reforma previsto en el artículo 76 de la Constitución: “que «la Constitución» pueda ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de

²⁹ Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 267 y ss.

³⁰ Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, 11ª ed., 1992 (ed. original de 1928), pp. 47 y ss.; 118 y ss.

la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento”.³¹ Por ello, reforma de la Constitución es algo diferente a “destrucción de la Constitución” —supresión de la Constitución y del poder constituyente—; tampoco es lo mismo que “supresión de la Constitución” —supresión de la Constitución, conservando el poder constituyente—, ni “quebrantamiento de la Constitución” —violación de prescripciones legal-constitucionales para casos determinados a título excepcional—, ni suspensión de la misma —pérdida de vigor provisional de una o varias prescripciones constitucionales—; la “Constitución” como decisión política fundamental no puede ser modificada, suprimida, quebrantada ni suspendida; solo cabe la reforma de la ley constitucional.

Sobre esta base, y con estos y parecidos argumentos, se produce un importante debate en la Alemania de entreguerras sobre la posible existencia de límites materiales implícitos a la reforma.³²

En la actualidad, los límites implícitos a la reforma constitucional suelen situarse en el principio de soberanía popular y el poder constituyente del pueblo, como criterios legitimadores básicos o “fórmula política de la Constitución”, así como la división de poderes y los derechos y libertades fundamentales, que enlazan con el antes aludido concepto político de Constitución.³³

Sin embargo, su admisibilidad no es unánime. Biscaretti³⁴ rechaza tanto los argumentos históricos como los que se basan en la naturaleza jurídica de ciertas disposiciones, concluyendo que todo Estado puede modificar, también sustancialmente, la propia Constitución, si bien moviéndose siempre en el ámbito del

³¹ *Ibidem*, p. 49.

³² No puedo entrar con detenimiento en las diversas opiniones mantenidas por los autores alemanes de la época, ya que ello excedería el objeto del presente trabajo, encaminado sobre todo a tratar el problema en la Constitución española. En todo caso, es muy interesante el estudio que hace Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución...*, cit., pp. 78 y ss.

³³ Estos son los límites que señala Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 283 y ss.

³⁴ Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho constitucional...*, cit., p. 269.

derecho vigente. Aragón Reyes³⁵ niega la posibilidad de tales límites, entendiendo que sería criticable sustraer la reforma de la Constitución a la voluntad popular, ya que el soberano participa definitivamente en el poder de revisión total de la Constitución. En similar sentido, Hernández Valle³⁶ señala que no pueden existir límites implícitos, ya que el Estado puede incluso acordar su propia extinción jurídicamente, por lo que, con mayor razón, podrá también acordar la modificación radical de su ordenamiento supremo.

Creemos que las constituciones que establecen sistemas democráticos no se muestran —no pueden mostrarse— indiferentes ante la eventualidad de la supresión del propio sistema o, si se quiere, de la propia Constitución, dotando a este término del significado político que hemos visto. Con todo, ello no implica necesariamente la prohibición jurídica de modificar algunos principios fundamentales, sobre todo cuando se renuncia a establecer explícitamente tal impedimento. Por ello, no puede hablarse de límites implícitos sin precisar cuál puede ser su significado y su ámbito de actuación.

En todo caso, quizás esta cuestión —como la de la propia existencia de límites implícitos a la reforma— admita matices diferenciadores importantes, en función del texto constitucional que se esté examinando. Situándonos por ello en el caso español, se ha defendido la existencia de ciertos límites a la reforma, que no derivan de los artículos que regulan el propio procedimiento de reforma. Así, se ha hablado de la “fórmula política”, de las reglas básicas que configuran la Constitución como tal o del principio democrático, como límites que la reforma constitucional no podría sobrepasar.³⁷

³⁵ Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia...*, cit., p. 35.

³⁶ Hernández Valle, R., “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, 1993, p. 154.

³⁷ Contreras, M., “Sobre el título X de la Constitución española: de la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, pp. 311-312, recoge las opiniones más importantes sostenidas por la doctrina a este respecto.

De Otto³⁸ entiende que el límite implícito a la reforma de la Constitución española radica en que la democracia no puede destruirse a sí misma, partiendo de la base de que la democracia no puede identificarse con el principio mayoritario, ya que democracia es la garantía de la posibilidad de todos los proyectos. Sin embargo, reconoce este autor que tal limitación carecería seguramente de eficacia jurídica, pues en la hipótesis de sustitución de la Constitución española por otra no democrática, siguiendo el procedimiento del artículo 168, se produciría un cambio tal de sustrato político que no tendría sentido invocar la Constitución originaria frente a la resultante del proceso, de igual modo que carecería de sentido afirmar que la Constitución española es antijurídica porque modifica las normas de reforma que contenía la Ley para la Reforma Política.

Las consideraciones de este autor resultan de gran interés, por cuanto parece separar los planos jurídico y político o, si se quiere, el plano de la legalidad y el de la legitimidad. En consonancia con ello, desde el punto de vista jurídico no encuentra límites implícitos a la reforma, ya que la existencia de un núcleo resistente a la reforma no puede traducirse en la ilicitud jurídico-positiva de la reforma aprobada infringiendo tal prohibición. Por ello, para este autor la inexistencia de cláusulas de intangibilidad no está exenta en absoluto de consecuencias jurídicas, no siendo la menor el hecho de que en la Constitución española no puede deducirse de ningún precepto cuál es el núcleo del orden constitucional, por lo que no cabe hablar, en el plano de la reforma constitucional, de mecanismos de “defensa de la Constitución” en el sentido abordado más arriba. No hay, por tanto, límites implícitos.

En mi opinión, es discutible que la Constitución española no identifique el núcleo del orden constitucional. El artículo 168 —sobre el que se tratará más adelante—, aunque parece un tanto “desequilibrado”, da alguna “pista” sobre ciertos contenidos que la Constitución considera especialmente importantes. Pero sobre todo, preceptos como el artículo 1, en sus tres apartados,

³⁸ Otto Pardo, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 63 y ss; también del mismo autor *Defensa de la Constitución...*, *cit.*, pp. 29 y ss.

o el artículo 10.1, parecen definir un núcleo constitucional de especial relevancia. Ahora bien, sí creo, como señala el autor comentado, que la ausencia de límites expresos a la reforma tiene importancia jurídica, ya que pudiendo hacerlo, la Constitución ha renunciado a imponer trabas absolutas a su reforma. Los dos factores señalados solo pueden conjugarse desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, que trasciende el plano jurídico.

También se han señalado otros límites a la reforma de la Constitución española. De ellos, es especialmente interesante la propuesta que realiza Jiménez Campo,³⁹ quien encuentra en el artículo 10.1 un límite textual implícito a la revisión constitucional. No se trataría, por tanto, de un límite implícito en el sentido estricto de límite deducido de los principios y valores fundamentales del texto constitucional, sino de un límite que aparece en un precepto concreto de dicho texto, aunque este no diga expresamente que no puede ser reformado. Para el autor citado, la inviolabilidad de los derechos inherentes a la persona a que se refiere este artículo es también inviolabilidad frente al poder constituyente constituido o poder de reforma constitucional. Por ello, es significativo que el artículo 10.1 no esté protegido por el procedimiento especialmente agravado de reforma del artículo 168; y siendo irrazonable entenderlo afectado por el procedimiento ordinario, entiende este autor que no existe cauce formal para su revisión, precisamente por ser un límite a la reforma (que además, posee la ventaja de no poder ser esquivado mediante la técnica de la eliminación o reforma previa de la cláusula de intangibilidad).

La interesante teoría de Jiménez Campo tiene el importante acierto de poner de manifiesto la trascendencia de la declaración del artículo 10.1, en relación con la reforma constitucional. Sin embargo, estimamos que la posibilidad jurídica de reformar el artículo 10.1, desde el punto de vista del título X, existe, y el hecho de que no esté incluido en el procedimiento especialmente agravado del artículo 168 puede considerarse un defecto o “error”

³⁹ Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación en torno al título X CE”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pp. 95 y ss.

del propio procedimiento de reforma —en todo caso, están especialmente protegidos los valores superiores como síntesis de los derechos fundamentales—; pero no es base suficiente para entender que tal artículo es jurídicamente irreformable. La consideración de los derechos como inviolables, si no se parte de una posición iusnaturalista —a la que, desde luego, hay que reconocer que la propia Constitución no parece ser del todo ajena— tiene el significado de demostrar que *esta Constitución* considera que los derechos fundamentales son previos a la misma y pertenecen al hombre en cuanto tal; el texto fundamental se limita a reconocerlos, y no a otorgarlos. Pero esta es la posición jurídico-constitucional de este texto normativo, que *en el artículo 168 se declara a sí mismo reformable en su totalidad*. Similares reflexiones puede merecer el hecho de que el artículo 10.1 considere a los derechos “fundamento del orden político y la paz social”, pues este orden político y paz social no son excluidos de modificación —siempre desde el punto de vista jurídico— por el artículo 168. Jiménez Campo contesta a esta crítica señalando que el artículo 168, al permitir la revisión total, está en realidad haciendo una apelación al ejercicio de la “libertad primitiva”, mostrando la “facticidad de todo poder constituyente”.⁴⁰ Sin embargo, tal facticidad se suele mostrar precisamente por encima o con independencia de las normas constitucionales relativas a la reforma y, sin embargo, en el caso de la Constitución española, es el propio texto el que da cobertura jurídica a tal situación.

En todo caso, la trascendencia del artículo 10.1, así como de otros posibles límites implícitos a la reforma, radica en señalar qué contenidos considera esta Constitución como inherentes a ella misma, como parte de su propia esencia, si bien no impide jurídicamente su reforma.

En realidad, como ya he apuntando, la cuestión fundamental cuando se habla de límites implícitos es la de su carácter jurídico. Es decir, más allá de su existencia nos interesa indagar cómo actúan en defensa de los valores fundamentales de la Constitución: puede entenderse, desde un punto de vista, que

⁴⁰ Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación...”, *cit.*, pp. 98-99.

eliminan la posibilidad legal de modificación de tales valores “protegidos”, relegando en consecuencia los intentos de modificación de los mismos al plano antijurídico, esto es, prohíben legalmente la reforma, lo que implicaría un control material de la ley de reforma —es decir, actuarían exactamente igual que las cláusulas de intangibilidad—; o bien, por otro lado, cabría interpretar que, puesto que deben deducirse del orden de valores constitucional, su función fundamental sería *deslegitimar* la reforma de los principios “protegidos”, y con ello negar el carácter democrático a las opciones que propugnan principios opuestos, pero sin que existan consecuencias estrictamente jurídicas ni posibilidad de control de constitucionalidad, en cuanto al fondo, de la ley de reforma que infringiera tales límites implícitos. Me inclino por esta segunda opción, como intentaré explicar más adelante.

2.4. El significado del artículo 168 de la Constitución española

Comenzaré por precisar que utilizaré, siguiendo al propio texto constitucional, y sin entrar en las dudas de aplicación concreta que plantea el concepto, la expresión “revisión total” para referirme a una reforma de todo el texto constitucional, o a la que afecte de forma importante a todas sus partes; dejando la expresión “reforma” o “reforma parcial” para las modificaciones que solo afecten a algunas partes del texto. Sin embargo, no debe olvidarse que determinadas reformas parciales son equiparadas por el artículo 168 a la revisión total.

Si bien la Constitución española de 1978 participa en líneas generales del orden fundamental de valores común a la mayoría de los sistemas democráticos occidentales, no obstante presenta unas significativas peculiaridades por lo que se refiere al procedimiento de reforma. Aunque no contiene, como es sabido, cláusula de intangibilidad alguna, sí contiene un precepto, el artículo 168, que “protege” con un procedimiento especialmente agravado determinados contenidos. Cabe preguntarse por las razones o el fundamento último de esta especial protección; debe tenerse en cuenta que se trata de un procedimiento

tan rígido que puede decirse que está pensado para evitar la reforma.⁴¹

Esta utilización de otra técnica, diferente a las cláusulas de intangibilidad, con el claro objetivo de dificultar enormemente la reforma de ciertos preceptos, lleva a pensar que tal fórmula tiene semejanzas con la de los límites materiales explícitos, pero también notables diferencias. De Vega⁴² subraya el indiferentismo axiológico que subyace en este precepto, al permitir la reforma de cualquier parte de la Constitución, que contrasta por lo demás con el contenido altamente valorativo del resto de la Constitución, produciendo una especie de “esquizofrenia constitucional”. En similar sentido, Jiménez Campo recalca la tensión entre el título X de la Constitución y otras disposiciones de la misma, que refleja el problema de la contradicción entre las concepciones formal y material del Estado de derecho.⁴³

Sin embargo, creo que tal indiferentismo axiológico no existe, precisamente porque se refuerza muy considerablemente el procedimiento de reforma para ciertos títulos o capítulos del texto constitucional, considerando que los mismos son la base del sistema constitucional democrático. Y ello sin perjuicio de que deba criticarse, como ha hecho la mayor parte de la doctrina, la inclusión en este procedimiento, junto a principios y valores fundamentales, de preceptos mucho menos importantes, dejando en cambio sin protección reforzada otros que seguramente la merecerían, especialmente los artículos 10.1 y 14.⁴⁴ Seguramente

⁴¹ Así, por ejemplo, Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución...*, cit., p. 187, afirma que el procedimiento está destinado a “hacer inviable” la reforma total o de las partes especialmente protegidas; Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación...”, cit., p. 89; y Contreras, M., “Sobre el título X de la Constitución española...”, cit., p. 311, coinciden en señalar que con esta técnica se pretende conseguir los mismos efectos que con las cláusulas de intangibilidad, pero sin incluirlas en el texto constitucional. Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., p. 146, opina del mismo modo, añadiendo, dentro del tono altamente crítico que utiliza, que en el art. 168 se procedió con “una técnica jurídica lamentable y una ceguera política incomprensible”.

⁴² Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 158 y ss.

⁴³ Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación...”, cit., p. 90.

⁴⁴ Así, por ejemplo, Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación...”, cit., p. 88, señala que el procedimiento agravado se aplica tanto a

habría sido más correcto reducir el contenido especialmente protegido a los principios o valores fundamentales que encuentran desarrollo detenido en los títulos que se citan; de hecho, como ha destacado Pérez Royo,⁴⁵ se incluyen en este precepto los fundamentos del sistema democrático y la forma política del Estado, materias habitualmente protegidas por las cláusulas de intangibilidad. Además, observa este autor que todas las materias especialmente protegidas pueden reconducirse al título preliminar. Incluso se podría precisar más, señalando que todas ellas podrían verse reflejadas en los principios que se recogen en los tres apartados del artículo 1, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales son desarrollo de los valores superiores, especialmente de la libertad y la igualdad.

Pero en todo caso, lo que interesa destacar es que la Constitución quiere proteger especialmente sus valores fundamentales, el orden constitucional que subyace a la misma, en una palabra, el objeto de la defensa de la Constitución tal como se definió al comienzo de este trabajo. Ello puede apreciarse con mayor claridad si se tiene en cuenta que la reforma de tales preceptos se equipara a la revisión total de la Constitución; es cierto que podría contestarse afirmando que el hecho de que la Constitución no se oponga a su revisión total es la prueba principal de su indiferentismo o neutralidad axiológica. No obstante, creo con Aragón Reyes que la posibilidad de revisión total de la Constitución no supone caer en el nihilismo valorativo o en la concepción puramente procedimental de la democracia, pues “una cosa es la

reformas esenciales, que afectan a la fórmula política, como a aspectos mucho más secundarios; Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 59, afirma que no todos los contenidos afectados por el procedimiento agravado merecen mayor protección que los restantes preceptos de la Constitución; Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., p. 148, en un tono altamente crítico, se refiere a “contenidos a todas luces arbitrarios y casi absurdos”, señalando que quedan fuera de la protección reforzada valores indiscutiblemente considerados fundamentales (p. ej., los contenidos en el art. 10.1), mientras que tal protección alcanza a supuestos que probablemente no deberían siquiera ser objeto de tratamiento constitucional (así, el derecho del rey a nombrar a los miembros civiles y militares de su casa).

⁴⁵ Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución...*, cit., pp. 197 y ss.

idea de democracia que la Constitución tiene para su *realización* y otra cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su *transformación*".⁴⁶

El hecho de que el texto fundamental permita su revisión total, y la de sus valores y principios fundamentales, se debe, a mi entender, a una serie de razones:

1. En primer lugar, no quiere utilizar cláusulas de intangibilidad al considerar que son los propios valores constitucionales los que obligan a permitir, desde el punto de vista jurídico-constitucional, el planteamiento de cualquier cambio constitucional o política alternativa —ténganse en cuenta los valores libertad y pluralismo—. Esta interpretación es, además, acorde con una posición "fuerte" de los derechos fundamentales de contenido político, como se verá más adelante. Sin embargo, este dato no significa quedar "desarmada" ante los enemigos, pues, como intentaré demostrar con más detalle, las armas frente a estos tienen un contenido fundamentalmente político.
2. Por otro lado, la Constitución quiere evitar el control jurídico sobre el contenido de la ley de reforma, sustituyéndolo por un control sobre el procedimiento, cuyo cumplimiento presenta una alta dificultad.
3. Por último, cabe entender que la Constitución no opta por la vía de las cláusulas de intangibilidad, basándose en la idea de la dificultad para su eficacia práctica; parece que en esta decisión pudo influir la propia experiencia española de la transición a la democracia que, como señala Espín,⁴⁷ demuestra que pueda pasarse de un sistema político a otro inspirado por principios opuestos, con respeto formal de los procedimientos de reforma.⁴⁸ Por ello, sin señalar límites absolutos expresos, se busca una finali-

⁴⁶ Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia...*, *cit.*, pp. 38-39.

⁴⁷ Espín Templado, E., *Derecho constitucional*, con L. López Guerra, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, M. Satrústegui, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, vol. I, p. 52.

⁴⁸ No debe olvidarse que la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento declaraba *inmutables* algunos de ellos, dando a entender que eran por su propia naturaleza irreformables.

dad muy similar —dificultar al máximo la reforma de sus principios fundamentales; las cláusulas de intangibilidad tratan directamente de impedir tal reforma—, utilizando otra vía.

En este sentido, la existencia de un procedimiento de reforma especialmente agravado no es caprichosa, sino que más bien obedece, como he intentado poner de manifiesto, al deseo de proteger o defender especialmente algunos principios y valores constitucionales. Ello no obsta para que se deje abierta la puerta a la reforma; por tanto, en sentido jurídico no parece que del artículo 168 puedan deducirse límites implícitos a la misma; la Constitución permite su propia reforma total y, sin embargo, se muestra claramente disconforme o, si se quiere, *antipática* con la reforma de sus principios y valores fundamentales.

El artículo 168 representa, en mi opinión, el punto de equilibrio entre el contenido valorativo de la Constitución y la permisión de la más amplia pluralidad de opciones; no quiere renunciar a la defensa de la Constitución, pero en el terreno jurídico, no lleva tal defensa hasta el extremo de cerrar toda vía a su propia sustitución.

2.5. Conclusiones

Con independencia de su mayor o menor eficacia práctica, las cláusulas de intangibilidad representan un mecanismo de defensa de la Constitución cuando protegen los valores y principios fundamentales de la misma, ya que, cuando menos, sitúan fuera del derecho y de la Constitución los intentos de suprimir la esencia de la misma, con las consecuencias que ello puede tener en relación con las opciones o ideologías políticas que defiendan tal “supresión” de la esencia constitucional.

Sin embargo, la situación respecto al tema de la defensa de la Constitución es más difícil en los textos que carecen de límites materiales expresos, como es el caso de la Constitución española. En esta norma fundamental se da además la circunstancia, poco usual en el derecho comparado, de la existencia de un procedi-

miento superrígido de reforma que no solo afecta a la revisión total de la Constitución, sino también a la de aquellos títulos o capítulos donde se entienden comprendidos los principios fundamentales del régimen político. Por lo demás, como se ha visto, existen algunos preceptos, singularmente los artículos 1 y 10.1, que parecen señalar algunos valores fundamentales con una especial vocación de perpetuidad.

Todos estos datos muestran la inequívoca “intención” del texto constitucional español de “recalcar” sus fundamentos, que podrían quizá resumirse en la democracia y los derechos fundamentales. Por ello cabría entender que hay algún tipo de límite implícito —incluso textual— a la reforma de la Constitución. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico me parece que no puede defenderse la existencia de tales límites. Debe tenerse en cuenta el hecho incuestionable de que la Constitución, pudiendo hacerlo, no ha establecido límites materiales expresos a la reforma y además —lo que me parece aún más significativo— permite incuestionablemente en el artículo 168 la revisión total del texto. Ello no significa, a mi juicio, que pueda hablarse de indeferentismo axiológico o de ausencia total de preocupación por defender el orden subyacente frente a sus enemigos; pero tal defensa opera de otro modo. Para entenderlo, creo que es preciso distinguir entre validez y legitimidad.

Como señala Aragón Reyes,⁴⁹ la Constitución concibe a la democracia como un orden que descansa en determinados valores —señaladamente, libertad e igualdad—, de forma que la dimensión material de la democracia reside en el núcleo principal de la legitimidad de la Constitución; se trata, por tanto, de una legitimidad interna y jurídica. Por ello, “una Constitución emanada democráticamente pero que no establezca un Estado democrático puede tener en el principio democrático su validez, pero nunca su legitimidad”.⁵⁰ Desde el punto de vista jurídico, la Constitución española facilita los medios para su radical mutación; concede libertad para los enemigos de la libertad y democracia para los enemigos de la democracia; no obstante “la utilización de las

⁴⁹ Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia...*, cit., pp. 40 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 43.

reglas de la propia Constitución para cambiarla dotaría al nuevo orden de validez, pero no necesariamente de legitimidad”.⁵¹ Y faltando la legitimidad jurídica democrática, no puede hablarse propiamente de Constitución.

Suscribo en esencia la idea de Aragón. De esta forma, puede entenderse que en la Constitución española no existen mecanismos de defensa de la Constitución en el plano jurídico estricto, pero en ningún caso puede hablarse de “despreocupación” constitucional por la suerte que pueda correr el orden constitucional subyacente. La virtualidad fundamental del artículo 168, y de otros preceptos como los artículos 1 o 10.1, radica en señalar cuáles son los principales presupuestos de legitimidad interna del orden constitucional. La Constitución española no es insensible a su destrucción o transformación, pero seguramente basándose en la idea de la ineficacia de las cláusulas de intangibilidad, y también teniendo en cuenta los valores libertad y pluralismo que ella misma consagra, renuncia a impedir jurídicamente tal transformación radical. No obstante, establece los elementos suficientes para entender deslegitimada, desde el punto de vista democrático, la supresión de la propia democracia y los derechos fundamentales como contenidos materiales de la misma.

Podría argumentarse, desde la perspectiva de la diferencia entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o constituido, que el segundo puede verse limitado por el primero, incluso desde el punto de vista material, que es el que actúa, mostrando su carácter esencialmente político, sin límites jurídicos.⁵² Sin embargo, prescindiendo ahora de las dificultades que pudiera plantear esta idea, puedo afirmar, con Hernández Valle,⁵³ que la omnipotencia del soberano, omnicomprensiva en una democracia constitucional, puede, del mismo modo que autolimitarse, crear mecanismos jurídicos que permitan su autodestrucción, dejando al poder de reforma libre de lími-

⁵¹ *Ibidem*, p. 51.

⁵² Así, Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., p. 263, niega la reiterada idea de que el poder constituyente de hoy no puede limitar al poder constituyente de mañana, basándose en que ese “poder de mañana” es el poder de reforma, que sí puede por ello verse limitado.

⁵³ Hernández Valle, R., *El poder constituyente...*, cit., pp. 152-153.

tes materiales;⁵⁴ ello sin perjuicio, como señala el autor citado, de que la legitimidad de tal reforma dependería siempre de su congruencia de los valores libertad e igualdad. Con lo expuesto quiero decir que aunque podrían admitirse los límites materiales impuestos jurídicamente al poder de reforma, estos no pueden deducirse si no aparecen expresamente indicados en la Constitución y, desde luego, no pueden deducirse cuando el propio texto fundamental abre jurídicamente la puerta de su revisión total. Por ello, solo puede hablarse de “límites” en el plano de la legitimidad.

Es cierto que igualmente podría criticarse esta disociación entre los planos jurídico y político, o entre validez y legitimidad, destacando la difícil situación en que quedaría una Constitución ante la hipótesis de su transformación jurídica “ilegítima” y la dificultad de articular medios en su defensa. Pero este problema de legitimidad no puede convertirse en un problema de validez; por ello, el texto en cuestión será jurídicamente válido si ha emanado democráticamente, siendo aprobado y promulgado de acuerdo con los requisitos previstos en el ordenamiento, aunque desde el punto de vista de la legitimidad *interna* no cabe hablar de Constitución si no se respeta el principio democrático.

En todo caso, estimo que esta diferenciación de planos presenta una serie de efectos que muestran su corrección:

1. Puede señalarse que, en principio, la validez formal o procedimental de una reforma constitucional puede controlarse jurídicamente por el Tribunal Constitucional;⁵⁵ y

⁵⁴ Si bien, incluso en tal caso, el poder de reforma no puede equipararse al poder constituyente, por cuanto aquel puede verse sometido —así sucede casi siempre— a límites procedimentales.

⁵⁵ Si bien pueden admitirse las dificultades jurídicas que podrían derivarse del art. 161.1 de la Constitución (y, sobre todo, del art. 27 LOTC) para entender que es competencia del Tribunal el control de constitucionalidad de la reforma, puede decirse que tal posibilidad de intervención en el control procedimental de la reforma es necesaria, ya que se configura como la principal garantía de la corrección del proceso. Por ello, como afirma Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 154 y ss., solo podrá suscitarse la inconstitucionalidad de las leyes de reforma cuando se utilice el procedimiento del art. 167, en lugar del que establece el 168, o cuando

ello aunque pueda señalarse, como ha hecho Pérez Royo,⁵⁶ el conflicto político que se podría producir entre el Tribunal Constitucional y las fuerzas políticas que aprobasen la reforma. Pero en todo caso, no cabría tal control de constitucionalidad de la reforma en el plano material, porque desde el punto de vista de su validez, nada habría que objetar a la reforma que suprimiera los fundamentos del orden constitucional. El problema político que surgiría en tal hipótesis no puede solucionarse por medios jurídicos, como el control de constitucionalidad.

2. La validez material de cualquier reforma o revisión constitucional tiene consecuencias en el ejercicio de los derechos fundamentales, principalmente los de contenido político, contra los fundamentos del orden constitucional. Si bien este problema lo trataré con mayor amplitud en el siguiente epígrafe, cabe señalar ahora que si cualquier reforma constitucional es materialmente admisible desde el punto de vista jurídico, en principio no hay fines inconstitucionales, siempre que se persigan por los medios democráticos que prevé la Constitución.
3. Las anteriores consecuencias parecerían privar de todo efecto a la “defensa de la Constitución” en el plano de la legitimidad que nosotros hemos postulado más arriba. Creo que ello no es así; más bien lo que sucede es que tales efectos no son jurídicos, sino principalmente políticos. Estos efectos se muestran especialmente cuando el pueblo soberano toma conciencia de la esencia del régimen constitucional democrático que él mismo se ha dado, y que viene señalada por los principios y valores fundamentales que, por lo demás, son a grandes rasgos el resumen de los títulos cuya reforma constitucional está especialmente protegida. Si el pueblo es consciente de que fuera de esos principios fundamentales la Constitución no tiene legitimidad interna o, dicho con otras palabras, no habría Constitución; si existe el necesario “senti-

no se hayan seguido los trámites previstos para la reforma en la propia Constitución.

⁵⁶ Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución...*, cit., pp. 195-196.

miento constitucional” de apego a tales fundamentos del orden constitucional, puede decirse que no habrá nunca un “peligro” de destrucción constitucional. Si por el contrario, faltan tal conciencia y tal sentimiento, los límites jurídicos servirán de muy poco. En palabras de Aragón, “la educación democrática, la consolidación de la cultura cívica, la ejemplaridad de las fuerzas políticas, el progreso social y económico son, indiscutiblemente, factores mucho más eficaces que el derecho para que se afiance la legitimación”.⁵⁷

Desde este punto de vista, y aunque he rechazado la existencia de límites implícitos en sentido estricto o jurídico, sí puedo aceptar tal expresión con el sentido que le da Espín, para quien la inutilidad de los límites materiales absolutos a la reforma constitucional explica que los aspectos esenciales del sistema deban considerarse “como un límite meramente implícito a la reforma, en el sentido de que si se sobrepasa, supone en realidad la transformación del régimen político en otro distinto”.⁵⁸

Sin duda habría —y hay— discrepancias de detalle a la hora de señalar los preceptos concretos que diseñan ese orden constitucional fundamental, cuya supresión carecería de legitimidad desde el punto de vista político y haría hablar de “otra” Constitución o, si se quiere, de ausencia de Constitución, pero creo que podría existir un consenso bastante amplio en torno a que en tal orden estarían comprendidas las ideas de soberanía popular —o democracia— y derechos fundamentales, resumidos en la Constitución en los artículos 1 (especialmente sus primeros dos apartados) y 10.1. Sin llegar a deslegitimar políticamente su transformación, también es apreciable un especial “interés” constitucional por proteger otros principios de forma destacada, como la monarquía o la unidad de la nación.

Por último, puedo señalar que la idea de la ausencia jurídica de límites implícitos materiales a la reforma constitucional parece estar aceptada por el Tribunal Constitucional español; en efecto, en un caso relativo a la exigencia de juramento o promesa de aca-

⁵⁷ Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia...*, cit., p. 53.

⁵⁸ Espín Templado, E., *Derecho constitucional...*, cit., p. 52.

tamiento para el acceso a cargos públicos —en el que la negativa a prestar acatamiento se debe principalmente al desacuerdo con el principio constitucional de unidad de la nación—, al definir dicho deber de acatamiento, derivado del artículo 9.1, afirma el Tribunal que “también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en el artículo 166 y siguientes de la norma fundamental”.⁵⁹ Si bien dichas afirmaciones se realizan en el contexto del caso concreto que he apuntado, el Tribunal no las circunscribe explícitamente a tal supuesto; por ello, y con las lógicas cautelas, puedo entenderlas dotadas de un alcance general, y deducir así la inexistencia de límites implícitos a la reforma.

3. LAS LIBERTADES POLÍTICAS Y SUS LÍMITES EN DEFENSA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES

3.1. Introducción

Antes que nada conviene hacer una breve precisión terminológica. El concepto de libertades políticas puede mostrar unos límites no del todo precisos y podría requerir una previa definición. Sin embargo, a los efectos que interesan, basta señalar que se entenderá, de acuerdo con la habitual clasificación de los derechos por su contenido,⁶⁰ que tales derechos o libertades son aquellos en los que el individuo se proyecta más allá de sí mismo para participar en los asuntos que afectan a la comunidad y contribuir a la formación de la voluntad general. Dentro de estas libertades cabe señalar la libertad de expresión e información, los derechos de reunión y manifestación, asociación, participación política y petición. En todo caso, el concepto que ahora nos interesa es el de facetas políticas de las libertades o de los derechos fundamen-

⁵⁹ STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3.

⁶⁰ Con ligeras variaciones y en líneas generales, suelen clasificarse los derechos fundamentales como: derechos de la esfera personal; derechos de libertad; derechos políticos o de participación política, tutela judicial efectiva y derechos de ámbito socioeconómico (*i.e.*, el criterio que sigue López Guerra, L.; Espín, E.; García Morillo, J.; Pérez Tremps, P. y Satrustegui, M., *Derecho constitucional, cit.*, vol. I).

tales; así, cabe entender que la libertad ideológica posee, si se entiende que comprende la proyección externa de la ideología, un indudable aspecto político. Del mismo modo, aunque la libertad de expresión pueda encuadrarse a veces entre los derechos de libertad-autonomía, tiene un claro carácter político. Incluso, para autores como Sánchez González, la libertad de expresión es una libertad política en el sentido —mucho más estricto— de libertad frente al poder, o libertad situada en el ámbito de la relación entre el individuo y el gobierno, y entiende que es la libertad política por excelencia.⁶¹

Pues bien, con esta idea lo que me interesa destacar es el posible uso de estas libertades en contra del orden constitucional, es decir, como instrumento o medio para pervertir o destruir el régimen constitucional, entendiendo que este está básicamente compuesto por la democracia y los derechos fundamentales. Comentaré también algún supuesto de ejercicio de tales derechos fundamentales en contra de los otros valores constitucionales que aparecen especialmente protegidos, en el concreto caso de la Constitución española: la monarquía y la unidad de la nación.

Resulta interesante señalar la relación existente entre los problemas que trataré a continuación y la respuesta que se haya dado al tema planteado más arriba de la reforma constitucional y sus límites materiales. En efecto, si se entiende que la Constitución prohíbe jurídicamente la reforma de algunos de sus valores, podrían encontrarse algunos límites al ejercicio de las libertades políticas basados en los fines que persigue su uso, cuando estos fuesen manifiestamente contrarios a los valores que se declaran inmodificables; por el contrario, si se deja jurídicamente abierta la puerta a cualquier modificación constitucional, es más difícil que puedan encontrarse límites al ejercicio de tales libertades que se basen en los fines perseguidos, pues no habría objetivos cuya consecución estuviera impedida constitucionalmente —siempre desde el plano estrictamente jurídico—. En palabras de De Otto,⁶² “si los enemigos del orden constitucional están en situación de

⁶¹ Sánchez González, S., *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992. El autor repite esta idea a lo largo de toda la obra; por ejemplo, y de forma muy especialmente señalada, lo hace en p. 116.

⁶² Otto, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., p. 35.

pervertirlo por los procedimientos del Título X, pueden hacerlo sin violar el derecho constitucional vigente. Y precisamente porque pueden lícitamente hacerlo, pueden también lícitamente intentarlo...”⁶³

De esta forma, quizás esté anticipando una primera respuesta al problema, pero ello no exime de estudiarlo con algo más de detenimiento, pues la problemática que conlleva es más variada y compleja.

3.2. El problema en la Ley Fundamental de Bonn

Mi punto de partida vuelve a ser la Ley Fundamental de Bonn que, en consonancia con la idea de *streitbare Demokratie*, establece una serie de mecanismos de defensa de la Constitución que consisten en límites o pérdidas temporales del ejercicio de derechos políticos. Se trata de una serie de medidas bastante drásticas, en cuyo origen cabe ver sin duda una reacción a la experiencia weimariana. Son fundamentalmente las contenidas en los artículos 18, 21.2 y 9.2, que por su importancia pasamos a transcribir:

Artículo 18.

Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa (art. 5, párr. 11), la libertad de enseñanza (art. 5, párr. 31), la de reunión (art. 81), la de asociación (art. 91), el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (art. 10), así como el derecho de propiedad (art. 14) y el de asilo (art. 16, párr. 21) quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos.

⁶³ La conexión a la que nos referimos es advertida también por Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho constitucional...*, cit., pp. 271-272. Este autor, pese a que se muestra partidario de que la cláusula de intangibilidad de la Constitución italiana es superable mediante la abrogación preventiva del art. que la establece, señala que si se aceptase la tesis radical de que todo cambio de la forma republicana solo puede realizarse por la vía antijurídica, habría que aceptar que cualquier propaganda monárquica entraría en la hipótesis delictiva del art. 283 del Código Penal italiano (hechos encaminados a cambiar la Constitución del Estado y la forma de gobierno por medios ilegales).

La pérdida y el alcance de la misma serán dictados por el Tribunal Constitucional Federal.

Si bien este artículo ha tenido escasos efectos prácticos, pues, como señala Stern, ninguno de los procesos incoados llegó a término o concluyó con éxito, es muestra clara, según el mismo autor, de la democracia consciente de los valores y preparada para su propia defensa.⁶⁴ Debe apreciarse, por lo demás, que el ámbito de los derechos con cuya pérdida puede ser sancionado el abuso excede ampliamente a los derechos políticos, ya que incluso puede perderse el derecho de propiedad.

Sin embargo, más importancia práctica han tenido otros preceptos que tienen como objeto de sus limitaciones las vertientes o facetas colectivas del derecho de asociación, y especialmente por lo que se refiere a los partidos políticos. Así, el artículo 21.2 tiene el siguiente tenor:

Los partidos que por sus fines o por actitud de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania son inconstitucionales. Sobre la inconstitucionalidad decidirá el Tribunal Constitucional Federal.

Relacionado con el anterior, si bien con un objeto más amplio, está el artículo 9.2:

Quedan prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que vayan dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos.

Ambos artículos prohíben partidos políticos o asociaciones por sus fines cuando estos sean contrarios, entre otros valores, al “régimen fundamental de libertad y democracia” o al “orden constitucional”; estamos pues, ante los principales exponentes de la “defensa de la Constitución”, no ya frente a actitudes individuales (caso del art. 18), sino frente a organizaciones destinadas a destruir el orden constitucional.

⁶⁴ Stern, K., *Derecho del Estado de la República...*, cit, pp. 393 y ss.

No es de extrañar que principalmente sobre la base del artículo 21.2 se construyera por el Tribunal Constitucional Federal alemán el principio de la democracia militante. El mencionado precepto sirvió de base a dos fundamentales sentencias que declararon la inconstitucionalidad de partidos políticos: la de 23 de octubre de 1952 (BVerfGE 2,1), sobre el *Sozialistischen Reichpartei* (SPR) y, especialmente, la de 17 de agosto de 1956 (BVerfGE 5,85), que declaró la anticonstitucionalidad del *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD).⁶⁵ Esta última decisión, que hace derivar del artículo 21 el principio de democracia militante, contiene unas reflexiones cuya importancia me hace citarlas textualmente:

La incorporación de eficaces garantías jurídicas que hagan *imposible el que tales corrientes políticas puedan jamás alcanzar influencia* de nuevo en el Estado dominó el pensamiento del constituyente. Si bien, de un lado, la Ley Fundamental sigue la tradicional línea liberal-democrática que exige una tolerancia básica frente a los partidos políticos, no va tan lejos, sin embargo, como para renunciar por puro apartidismo al planteamiento y a la defensa de un propio sistema de valores. La Ley Fundamental toma [...] determinados principios básicos de la conformación del Estado, los cuales, una vez aprobados de forma democrática, deben ser reconocidos como *valores absolutos* y, por tanto, defendidos decididamente contra todo tipo de ataques; en la medida en que esta defensa exige *limitaciones en la libertad de la actividad política*, esta es aceptada. [...] Por ello, el artículo 21.2,2 LFB [...] es [...] plasmación de las experiencias del constituyente, que en una determinada situación histórica creyó no deber realizar en toda su pureza el principio de neutralidad del Estado frente a los partidos políticos, asumiendo, en este sentido, una “democracia militante”.⁶⁶ (las cursivas son mías)

En todo caso, y con independencia de esta jurisprudencia —que como se ve es fuertemente defensora de la Constitución frente a eventuales “peligros” de la extrema derecha o del comu-

⁶⁵ En cambio, mucho más recientemente, el proceso seguido para la declaración de inconstitucionalidad del partido neonazi (NPD) concluyó con la inadmisión por falta de prueba de sus actividades.

⁶⁶ BVerfGE 5,85 (138 y ss.); cit., por Stern, K., *Derecho del Estado de la República...*, cit. pp. 402-403.

nismo del Este— existen en la doctrina alemana discrepancias sobre la interpretación de este precepto: por un lado, algunos autores, como Hesse, opinan que la seguridad exterior de la democracia liberal ha sido conseguida a costa de la reducción de un presupuesto básico de la misma, como es la libertad política, impidiendo además la confrontación entre los partidos constitucionales y los situados fuera del sistema; por todo ello defiende una interpretación restrictiva del artículo 21.2.⁶⁷ Por el contrario, Stern entiende que el Tribunal Constitucional Federal interpretó en ambos casos correctamente los presupuestos de la prohibición, entendiéndolo que no se ha producido la temida contracción de la vida política en el sector de los partidos; incluso se queja este autor del poco uso que se hace de los artículos 21.2 y 9.2, que considera se están convirtiendo en una “espada oxidada”, afirmando que la idea de que debe lucharse políticamente contra estas organizaciones no puede servir de coartada para no asumir la necesaria responsabilidad, antes de que sea demasiado tarde.⁶⁸

Debe señalarse que la construcción del principio de la democracia militante por el *Bundesverfassungsgericht* ha sido realmente fruto de una evolución, y no aisladamente de la sentencia que hemos venido comentando. Incluso, De Otto⁶⁹ pone de manifiesto que en la sentencia que declara la inconstitucionalidad del KPD, la expresión “democracia militante” no responde a la idea de la existencia de un principio al que responda todo el texto constitucional o que pudiera deducirse de él en conjunto, sino más bien a la existencia de un precepto (el art. 21.2) que establece un concreto mecanismo de defensa de la Constitución. Sin embargo, la jurisprudencia posterior, según este autor, cambia la idea, partiendo de la democracia militante como principio constitucional, frente al cual, incluso la libertad de expresión llega a aparecer como excepción.⁷⁰

⁶⁷ Hesse, K., *Grundzüge*, núm. marg. 715, cit., por Stern, K., *Derecho del Estado de la República...*, cit., p. 403.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 404.

⁶⁹ Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., pp. 22 y ss.

⁷⁰ BVerfGE 25, 44, de 14 de enero de 1969, citada y comentada por Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., p. 23. En todo caso, debe

Este principio se lleva por la vía jurisprudencial a muchos ámbitos del ordenamiento. Un ejemplo significativo es el de la relación funcionarial, para formar parte de la cual se ha exigido fidelidad a la Constitución.⁷¹ Este requisito ha sido exigido por diversas normas y el Tribunal Constitucional Federal lo ha interpretado en un sentido muy amplio, que conlleva incluso un cierto comportamiento o actitud positiva más allá del desempeño de su puesto como funcionario, ya que se llega a afirmar que el deber de fidelidad exige algo más que una actitud formalmente correcta pero, por lo demás, internamente distanciada, fría, desinteresada frente al Estado y a su Constitución; exige que el funcionario se aparte inequívocamente de grupos y movimientos que ataquen, luchen y difamen al Estado y al ordenamiento constitucional. Señala el Tribunal que es condición jurídica para la incorporación a la relación funcionarial..., que el aspirante *ofrezca la garantía de actuar en todo momento en favor del ordenamiento fundamental, democrático y libre, siendo aspecto relevante a los efectos de juzgar la personalidad del aspirante, el de su incorporación o pertenencia a un partido político que persiga finalidades contrarias a la Constitución, con independencia de que la inconstitucionalidad de ese partido haya sido o no determinada por una sentencia del Tribunal Constitucional federal*⁷² (las cursivas son mías).

Se trata, como se ve, de requisitos muy estrictos que suponen una importante manifestación del principio de democracia militante; ello sin perjuicio de que ciertamente he elegido uno

señalarse que, pese a esta afirmación de principio en el caso concreto de esta sentencia se reconoció que no se debía limitar la libertad de expresión de los particulares simplemente porque sus puntos de vista coincidieran con los de un partido prohibido.

⁷¹ De forma monográfica, sobre este tema, Embid Irujo, A., *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los derechos alemán y español)*, Alcalá de Henares, Madrid, INAP, 1987, pp. 63 y ss.

⁷² Sentencia de 22 de mayo de 1975 (BVerfGE 39, 334). Citas tomadas del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núms. 16-17, pp. 747 y ss. Un comentario a este tema, que destaca la importancia que tuvo esta decisión del Tribunal y sus repercusiones en la doctrina puede encontrarse en Embid Irujo, A., *La fidelidad de los...*, cit., pp. 85 y ss.; también en Stern, K., *Derecho del Estado de la República...*, cit, pp. 651 y ss.

de los ejemplos en los que más lejos llega este principio, apoyado por las especiales características de sometimiento al Estado que siempre supone la relación funcionarial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido el principio de lealtad constitucional de los funcionarios, si bien ha entendido que la exclusión de la función pública era una sanción desproporcionada.⁷³

En todo caso, el principio de la democracia militante ha estado presente también en la legislación alemana en materias como la censura de películas o el mismo reclutamiento y despido de funcionarios, así como en modificaciones del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal orientadas a proteger el orden constitucional.

Todo lo anterior viene a poner de manifiesto cómo, con base en la Constitución, en la jurisprudencia y en la legislación, se ha desarrollado en Alemania un principio que, por lo que ahora interesa, supone importantes limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales, tanto en sus facetas individuales como colectivas. Es cierto que aquellas limitaciones que se prevén expresamente en la Ley Fundamental de Bonn (p. ej., el art. 18) poseen el mismo rango normativo que los derechos fundamentales que son limitados, pero la deducción de un principio con base en unos preceptos concretos puede plantear problemas, sobre todo cuando tal principio va extendiendo sus efectos de forma casi ilimitada. Sánchez González, refiriéndose a esta “dirección hiperdefensiva del orden constitucional”, en términos especialmente críticos, afirma que un régimen político que no permite la evolución hacia formas políticas que ofrezcan alternativas a los actuales modelos organizativos y sistema de valores, aunque pueda calificarse de democrático “ni cree en el pueblo al que gobierna, ni confía en su capacidad de autotransformación, ni piensa en la falibilidad del sistema democrático-constitucional, ni puede legítimamente acusar de intolerante al que no le tolera”.⁷⁴

⁷³ Sentencia de 26 de septiembre de 1995, caso *Vogt*. Se trataba de una profesora separada del servicio por su pertenencia al DKP, y una cierta actividad a favor de este partido.

⁷⁴ Sánchez González, S., *La libertad de expresión...*, cit., p. 101.

3.3. El tema en la Constitución española

El tema de los posibles límites a las libertades políticas, como mecanismo de defensa de los valores o principios fundamentales de la Constitución, presenta en España algunas características netamente diferenciadas de las que tiene en la Ley Fundamental de Bonn, que es el origen de la democracia militante con el sentido que aquí le estoy dando al término. Algunas de las aludidas características son:

1. En primer lugar, no existen en la Constitución española preceptos concretos que establezcan prohibiciones o limitaciones similares a las vistas en la Ley Fundamental de Bonn. Con carácter general, solo cabría encontrar alguna interpretación restrictiva de los derechos en el sentido apuntado basándose en algunos textos internacionales.⁷⁵ En el texto constitucional español, únicamente

⁷⁵ En efecto, el art. 17 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales señala: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en el mismo”. En similar sentido, el art. 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Hoy se puede encontrar también un precepto muy similar en el art. II.54 del proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

Sin perjuicio del valor interpretativo de estos preceptos (art. 10.2 CE), que por lo demás tienen un significado más amplio, los mismos parecen insuficientes para entender un principio general de “democracia militante” en el sistema español. Estos preceptos se sitúan en el marco de textos de derecho internacional, esto es, de tratados entre Estados o declaraciones de organizaciones internacionales, y señalan criterios interpretativos aplicables a los propios textos. Debe tenerse en cuenta que los propios preceptos (con la excepción del art. 30 de la Declaración Universal) impiden las interpretaciones que impliquen limitaciones de derechos no expresamente mencionadas en los Convenios. Además, el ejercicio de determinados derechos fundamentales (p. ej., la libertad de expresión) no implica necesariamente “dedicarse a una actividad” o “realizar un acto”.

En suma, aunque el criterio interpretativo que proporciona estos preceptos no debe olvidarse, no exime de un análisis más detallado de la Constitución

se establece la sujeción al mismo de ciudadanos y poderes públicos (art. 9.1); en cuanto a las asociaciones, se señala la ilegalidad de las que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito —sin referencia alguna a fines contrarios al orden constitucional—; por lo que se refiere a los partidos, se habla (art. 6) de ejercicio de su actividad libre dentro del respeto a la Constitución y a la ley. La suspensión individual de derechos solo se permite en relación con la investigación de bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2). Sin perjuicio de que pudiera deducirse algún tipo de limitación concreta en cuanto al ejercicio de derechos —cuestión que intentaré examinar en este mismo epígrafe—, sí puede señalarse desde ahora que estos preceptos no se parecen a las estrictas limitaciones, prohibiciones y pérdida de derechos que existen en la Ley Fundamental de Bonn, ni tampoco cabe apreciar en absoluto en nuestra Constitución el tono *beligerante* manifiesto en el texto alemán.⁷⁶

La circunstancia que comentamos tiene al menos dos consecuencias:

- a) Por un lado, resulta difícil deducir un principio en el que se manifieste la democracia militante, como sucede en Alemania. Cabría, por hipótesis, deducir en supuestos concretos, algunas limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, o de la actividad de asociaciones y partidos políticos; es decir, podrían quizá existir meca-

española y, en particular, de un examen específico de cada uno de los derechos políticos.

Sobre los preceptos mencionados del Convenio de Roma y el Proyecto de Constitución europea, es de gran interés el trabajo de García Roca, J., “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia”, en *Derechos y garantías. Anuario iberoamericano*.

⁷⁶ Por lo demás, algún aspecto concreto como el deber de los funcionarios de fidelidad a la Constitución, tal como se configura en nuestro ordenamiento, presenta notables diferencias con el supuesto alemán: por un lado, no existe ningún tipo de declaración o comprobación previa —a excepción del juramento o promesa—; por otro lado, con carácter general el deber de fidelidad no implica una actitud positiva o activa, sino que basta con la omisión de conductas contrarias a la Constitución. Así lo pone de manifiesto, dentro de un estudio más amplio de este tema, Embid Irujo, A., *La fidelidad...*, *cit.*, pp. 165 y ss.

nismos de defensa de la Constitución en el sentido que hemos visto, que afecten a las libertades políticas, pero lo que parece más difícil, con tan escasa base jurídico-positiva (quizás solo el art. 9.1), es deducir un principio que pueda actuar sistemáticamente en defensa de la Constitución. De Otto niega la existencia de tal principio en la Constitución española, considerando además que es rechazable por atentar contra las exigencias del Estado de derecho, al relativizar la legalidad, al permitir al poder público la persecución de un fin, sin perfilar los medios utilizables.⁷⁷ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente en este sentido, afirmando que “[e]n nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» [...] en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional”.⁷⁸

- b) Los mecanismos concretos de defensa de la Constitución existentes en Alemania, especialmente la prohibición de asociaciones y partidos políticos incluyen, como contrapartida, garantías en favor del partido o de la asociación. Se han señalado como tales,⁷⁹ en el caso de los partidos políticos, el privilegio jurisdiccional, consistente en que solo pueden ser prohibidos por el Tribunal Constitucional, y tanto para los partidos como para las asociaciones, el principio de prohibición, según el cual, la previa prohibición es constitutiva de la ilicitud de la asociación, no existiendo antes de tal momento represión penal. Pues bien, tales garantías existen porque se establecen expresamente, lo cual implica que cuando tales mecanismos de

⁷⁷ Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., p. 39.

⁷⁸ STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7. Añade la sentencia que desde el respeto a los principios constitucionales, “cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales”.

⁷⁹ Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., pp. 48 y ss.

defensa de la Constitución no figuran explícitamente en preceptos constitucionales —como sucede en España—, deducirlos conlleva el peligro de esa ausencia de garantías. Ello no es obstáculo para que la ley pueda regular las causas de disolución de los partidos políticos y de las asociaciones, siempre que esta regulación no imponga la disolución por la existencia de fines contrarios a la Constitución, sino que esté basada en motivos conformes con la norma fundamental, como pueden ser la organización, el funcionamiento o la actividad —no los fines— contrarios a los principios democráticos. En esta línea interesa destacar que la vigente LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, no prevé la declaración de inconstitucionalidad de partidos, sino de ilegalidad, y los motivos de esta, tal y como han sido interpretados por el Tribunal Constitucional, se basan en exigencias previstas en la propia ley de conformidad con la Constitución, referidas en todo caso a la actividad realizada por los partidos. Desde esta perspectiva, parece adecuado que la Ley haya encomendado esta declaración de ilegalidad a la Sala Especial del Tribunal Supremo, y no al Tribunal Constitucional.

2. También es apreciable la diferente situación histórica de la que se parte en España y en Alemania; si bien ambos textos constitucionales —aunque con una diferencia temporal de casi tres décadas— reaccionan frente a regímenes autoritarios, en el caso alemán, como ya hemos comentado, el advenimiento de tal régimen se produjo utilizando los mecanismos que le brindaba el Estado de derecho. Es bien sabido que el caso español es en este aspecto muy diferente, ya que el régimen del general Franco fue la consecuencia de un alzamiento militar y una guerra civil, sin que pudiera apreciarse conexión alguna, ni siquiera en el plano de la más estricta legalidad formal, con el régimen republicano de 1931.

3. Por último, existe otra circunstancia fáctica que si bien no es exclusiva del régimen español, sí se ha manifestado desde el proceso constituyente a la actualidad, con especial intensidad. Se trata, dicho en términos muy amplios, de la sensación de peligro para el principio de “indisoluble unidad de la nación española”,

reconocido en el artículo 2 de la Constitución y, en relación con tal peligro, la violencia terrorista de fines separatistas. En palabras de Salvador Coderch, “en la España de finales de siglo, el disidente político por antonomasia es el nacionalista radical que increpa al Estado que desea aniquilar”.⁸⁰

Si bien es cierto que el principio aludido no forma parte de los que son objeto de la defensa de la Constitución en sentido estricto, sí que existen algunas similitudes con la protección de los valores democráticos y de los derechos fundamentales, ya que en ambos casos se trata de la posible existencia de mecanismos, derivados de la propia Constitución, para proteger sus valores y principios fundamentales; y el contenido en el artículo 2 *fundamentalmente*, según la propia dicción del texto, a la propia norma superior.

Pues bien, en todo caso, en España los principales problemas de “defensa de la Constitución” en este sentido amplio han girado desde 1978 alrededor del principio de unidad nacional, de los partidos contrarios a tal principio y del apoyo a la violencia para conseguir acabar con tal unidad. Aunque la defensa frente al uso de métodos violentos nos sitúa por principio fuera del ámbito estricto de la “defensa de la Constitución” —que lo es frente a su supresión por medios democráticos—, no cabe duda de que la propia Constitución nota la influencia del terrorismo separatista, frente al que se “defiende” con preceptos como el 55.2, mediante la suspensión de derechos fundamentales. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la situación que legitima la legislación a que se refiere este precepto es la que deriva de las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas que crean un peligro efectivo, además de para la vida e integridad de las personas, *para la subsistencia del orden democrático constitucional*.

Como es bien sabido, a la amenaza del terrorismo de signo separatista se ha unido recientemente la del terrorismo radical islámico de corte integrista, que ha golpeado de forma brutal en Madrid el 11 de marzo de 2004. Si bien este fenómeno presenta

⁸⁰ Salvador Coderch, P., *El derecho de la libertad*, Madrid, CEC, 1993, p. 47.

sin duda perfiles propios, desde la perspectiva que aquí interesa ha de señalarse que el uso de métodos violentos para conseguir fines de cualquier tipo es rotundamente inadmisibles en cualquier Estado democrático y, en todo caso, son aplicables al mismo las previsiones constitucionales sobre suspensión individual de derechos. La cuestión de la respuesta jurídica frente a los grupos políticos o religiosos de tendencia fundamentalista debe seguir, a mi juicio, la misma vía: en tanto en cuanto utilicen o apoyen métodos violentos para conseguir sus objetivos, no serán admisibles, de modo que su ilegalización ha de venir más bien por su actividad que por sus fines.⁸¹

Ahora bien, rechazados terminantemente los medios terroristas, me parece que la problemática relativa a si la unidad de la nación puede ser modificada, y hasta qué punto deben permitirse las ideologías contrarias a dicho principio, debe resolverse, como hace Aragón Reyes,⁸² afirmando la modificabilidad del principio de unidad nacional a través del procedimiento del artículo 168, ya que no hay cláusula de intangibilidad al respecto; el pueblo español, como soberano, puede modificar sus dimensiones y es titular del derecho de autodeterminación. En consecuencia, y al igual que sucede con todas las ideologías contrarias a los valores fundamentales del sistema, la Constitución tampoco proscribire las ideologías separatistas y estas pueden mantenerse y defenderse a través del ejercicio de las libertades políticas y demás mecanismos democráticos. Dentro de estos se incluye la creación de partidos políticos y el desarrollo por estos de las actividades que les son propias, siempre que sean constitucionalmente legítimas.

Por ello, haré referencia a este tema, aunque reconozca desde ahora sus diferencias con la defensa en sentido estricto y su significado diferente al del principio de “democracia militante”.

⁸¹ Conviene recordar además que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que no hay vulneración del Convenio por la declaración de inconstitucionalidad, en Turquía, del *Partido de la Prosperidad*, de signo fundamentalista islámico (sentencia de 31 de julio de 2001). Y es significativo que esta sentencia se separa, en su solución, de todas las demás referidas a la inconstitucionalidad de partidos en Turquía, en las cuales el Tribunal Europeo había declarado la vulneración del Convenio.

⁸² Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia...*, cit., pp. 54 y ss.

Sentado lo anterior, y señaladas las dificultades prácticamente insalvables para entender implícito en el texto constitucional un principio de “democracia militante” al estilo alemán, me centraré a continuación en el estudio, basado principalmente en la jurisprudencia constitucional, de la posible existencia de limitaciones concretas de las libertades políticas en aras del orden constitucional democrático o de otros valores fundamentales.

3.3.1. *Las libertades ideológica y de expresión*

Estas dos libertades muestran a las claras la paradoja que subyace en el problema que se analiza: cómo impedir un ejercicio de las libertades políticas dañino o lesivo para determinados valores, siendo así que tales valores se manifiestan precisamente a través de estas libertades.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha sido siempre consciente de la importancia de estas libertades, como reflejo de los valores superiores libertad y pluralismo. Así, ha afirmado que sin la libertad ideológica no serían posibles los valores superiores del artículo 1.1, ni el desarrollo del régimen democrático;⁸³ en cuanto a la libertad de expresión, ha reiterado que las libertades del artículo 20 significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático; y por ello están dotadas de una eficacia que trasciende a la de los demás derechos fundamentales.⁸⁴

Desde este punto de vista, resultará difícil admitir limitaciones jurídicas a estas libertades, cuando se las pretenda usar contra los principios y valores constitucionales (dejando a un lado, por supuesto, los propios límites constitucionales que acompañan siempre a estos derechos y que se encuentran fundamentalmente en los arts. 16.1 y 20.4). Ciertamente, incluso

⁸³ Así, por ejemplo, sentencia 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 5; o sentencia 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3.

⁸⁴ La cita de jurisprudencia sería muy larga. Como ejemplo, puede indicarse la STC 121/1989, de 3 de julio, que recoge la cita de varias sentencias anteriores.

cabría considerar que cuando principalmente desempeñan una importante función estas libertades es al ser usadas con una finalidad de crítica política, lo cual no solo abarca la crítica a los titulares concretos del gobierno y demás instituciones públicas en un momento dado, sino también al sistema democrático globalmente o a algunas instituciones esenciales del mismo en cuanto tales. En palabras de Meiklejohn, referidas a la Constitución estadounidense, “el principio que prohíbe al Congreso aprobar ley alguna limitando la libertad de expresión nos dice que podemos atacar y defender libremente la Constitución en la discusión pública”.⁸⁵

El Tribunal Constitucional ha sido casi siempre coherente con esta idea. A título de ejemplo, cabe señalar algunos supuestos. En relación con la apología del terrorismo, señaló el Tribunal que no podía entenderse incurso en tal delito el director de un periódico por el simple hecho de publicar un comunicado, sin hacer valoración sobre el mismo; y ello porque, aun cuando la erradicación de la violencia encierra un interés político y social de la máxima importancia, ello no autoriza “a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida”.⁸⁶ Como se ve, el Tribunal destaca la importancia de las libertades de expresión e información, invocando precisamente los principios propios de un Estado democrático, y ello aunque está valorando el ejercicio de la libertad de expresión en un supuesto que se aproxima al apoyo de acciones violentas con finalidad contraria a determinados principios fundamentales de la Constitución. Igualmente, el Tribunal ha dejado claro que la apología del terrorismo no puede equipararse con los actos propiamente terroristas; por ello, en una sentencia posterior, rechazó la aplicación de la ley orgánica 9/1984, dictada con la cobertura constitucional del artículo 53.2, a los que hicieran apología del terrorismo, ya que entendió que “la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delic-

⁸⁵ Cit. por Sánchez González, S., *La libertad de expresión...*, cit., pp. 74 y ss.

⁸⁶ STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 7.

tivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos”.⁸⁷

La defensa de la institución monárquica, por un lado, y las libertades ideológica y de expresión, por otro, son objeto de ponderación en otra sentencia del Tribunal Constitucional, en la que debe este valorar si está protegido por los derechos fundamentales de los artículos 16 o 20 un escrito en el que se utilizan expresiones y, sobre todo, un tono despectivo hacia el rey de España, en un contexto de crítica generalizada del sistema. Es importante destacar que el Tribunal considera que existe una protección reforzada o, si se quiere, una menor actuación de los límites, cuando el ejercicio de la libre expresión es consecuencia de la libertad ideológica; ello porque deben actuar en tal caso los límites del artículo 16.1, con prevalencia sobre los del 20.4 —aunque estos no puedan eludirse—, para no subsumir tal supuesto exclusivamente en la libertad de expresión. La limitación es, en consecuencia, menos estricta, porque al actuar la libertad ideológica se confirma la idea de crítica política y, por tanto, se acepta el ataque a instituciones constitucionales de la máxima importancia, precisamente en aras de la realización de los propios valores constitucionales. Así parece deducirse del texto de la sentencia: “las palabras despectivas para S.M. el Rey se han utilizado, *contrariando sin duda el respeto debido* a la más Alta Magistratura del Estado, con la finalidad prevalente de robustecer la idea crítica que preside todo el artículo, tales palabras, *rechazables moral y socialmente por innecesarias, injustas y contradictorias* con una conducta que ha merecido la adhesión mayoritaria del pueblo español...” (las cursiva son mías). ¿Por qué realiza el Tribunal una apreciación desde los planos moral y social de tales palabras, cuando su misión es el enjuiciamiento jurídico-constitucional? Creo que ello se debe a la idea de deslegitimar desde el punto de vista político unas declaraciones que desde la perspectiva del derecho constitucional son indudablemente admisibles: el Tribunal quiere defender la institución monárquica, pero sabe que no puede hacerlo en este caso con “armas jurídicas”, sino políticas.

⁸⁷ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4.

Un caso muy interesante en relación con la protección de valores como la igualdad y, sobre todo, la dignidad de la persona, frente a lo que podríamos denominar “apología del racismo”, se trata en la sentencia del llamado caso *Violeta Friedman*. El Tribunal debe valorar en este supuesto si quedaban amparadas por las libertades ideológica y de expresión unas manifestaciones que ponían en duda la existencia de las cámaras de gas en los campos de concentración nazis, y con un cierto tono despectivo hacia los judíos, a los que se calificaba como eternas víctimas, expresando su deseo de que surgiera un nuevo *Führer*. Con independencia de otros importantes problemas que se plantean en la sentencia, nos interesa señalar que si bien la cuestión aparece fundamentalmente como un supuesto de colisión entre las libertades ideológica y de expresión, por un lado, y el derecho al honor, por otro, en realidad lo que está en juego es si puede utilizarse la libertad de expresión —o la ideológica— en contra de los más altos valores constitucionales. Por ello, el Tribunal salva las dificultades que existen para reconocer el derecho al honor de grupos humanos y reconoce la vulneración de tal derecho a la recurrente, en tanto que perteneciente a la raza judía, objeto de las declaraciones despectivas. Pero ello se hace en realidad, más que como reconocimiento del derecho al honor —incluso de un grupo—, como defensa de los valores constitucionales supremos, como es principalmente la dignidad de la persona. Basta imaginar una hipótesis similar, pero en la cual las ofensas fueran dirigidas frente a grupos perfectamente definidos, aunque sin contenido racista (p. ej., manifestaciones de tono despectivo —no manifiestamente insultantes— hacia los miembros de una determinada profesión o los habitantes de un territorio) para poner en duda que la solución dada hubiera sido la misma. De hecho, el propio Tribunal reconoce este importante aspecto de defensa de los valores constitucionales cuando afirma que ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones o campañas de carácter racista o xenófobo, ya que ello sería contrario “no solo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana, que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos”. Por ello, el odio y el desprecio a todo un pueblo son

incompatibles con el respeto a la dignidad humana y las manifestaciones enjuiciadas “desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad”.⁸⁸

La doctrina de la sentencia anterior ha sido reiterada posteriormente por el Tribunal en un supuesto parecido, desestimando el amparo solicitado por el director de una publicación que dispensaba un tratamiento peyorativo al pueblo judío, manifestando “una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente”. Sin embargo, esta sentencia realiza previamente unas interesantes consideraciones generales, en el sentido de que “al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera [...] incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan”.⁸⁹

A pesar de estas afirmaciones, el Tribunal lleva en estas sentencias la defensa de los valores constitucionales al plano jurídico; es cierto que no puede desconocerse el hecho de que en el supuesto enjuiciado actúa como límite a la libertad de expresión otro derecho fundamental, como es el derecho al honor, expresamente previsto, además, como límite en el artículo 20.4. Ello, en todo caso, puede servir para justificar la decisión, pero no puede ignorarse que, tanto o más que la defensa del derecho al honor de un grupo, pesa en esta sentencia la defensa de los valores superiores, como se ha visto. Por tanto, solo si se entiende correcta la extensión del derecho al honor a grupos humanos, la decisión estaría justificada: lo que sucede es que seguramente el Tribunal ha realizado esta extensión teniendo en mente, más que los problemas del propio derecho al honor, la defensa, llevada al terreno jurídico, de los valores dignidad e igualdad. Y desde este punto de vista me parece constitucionalmente difícil trasladar esta defensa, que el Tribunal había mantenido en el plano de la deslegitimación en supuestos como el antes visto de injurias al rey, al plano del derecho constitucional positivo.

⁸⁸ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8. Puede verse un comentario a esta sentencia en Salvador Coderh, P., *El derecho de la libertad*, cit., pp. 30 y ss.

⁸⁹ STC 176/1995, de 11 de diciembre.

En todo caso, estimo que los límites que la Constitución establece en los artículos 16 y 20.4 a las libertades ideológica y de expresión, no encuentran su fundamento en la defensa del orden constitucional tal y como lo he entendido, si bien ocasionalmente podrán servir a tal finalidad cuando estén en juego valores superiores o principios fundamentales. Pero debe recalcarse que mientras una limitación concreta pueda ampararse en los preceptos constitucionales citados, no se tratará de una deducción de los valores y principios fundamentales en aras de su propia defensa, sino de límites concretos constitucionalmente impuestos, y de los que es difícil deducir un principio general de “democracia militante”.

Similares reflexiones cabe hacer en torno a los límites que el artículo 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En efecto, pese a la mayor amplitud y, sobre todo, generalidad de tales límites (por lo que nos interesa, “medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos”) no parecen responder a una idea o principio general de defensa del orden constitucional democrático o de determinados valores superiores, si bien su enunciado admite posibilidades más amplias de actuación en este sentido, que el del artículo 20.4 de la Constitución española. Desde luego, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tratado de construir tal principio, recalando en cambio que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y es aplicable no solo a las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas inofensivas, sino también a las que resultan opuestas, o inquietan u ofenden al Estado, por exigencia del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.⁹⁰

⁹⁰ Esta afirmación se reitera en prácticamente todos los asuntos relativos a la libertad de expresión; puede citarse, entre los primeros asuntos, la sentencia de 7 de diciembre de 1976 (*caso Handyside*), o la de 27 de octubre de 1978 (*caso The Sunday Times*). También ha resuelto el TEDH algunos asuntos más directamente relacionados con el tema que vengo planteando.

3.3.2. Libertad de enseñanza

Con cierta relación con la libertad de expresión, cabe referirse a los derechos fundamentales del ámbito educativo, que sufren algunas limitaciones adicionales, precisamente para preservar los valores y principios fundamentales de la Constitución. Debe tenerse en cuenta que el artículo 27.2 señala que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la libertad de cátedra, como faceta de la libertad de expresión, está limitada fundamentalmente por los demás derechos fundamentales y la protección a la juventud y a la infancia (art. 20.4), lo que supone, para los profesores que imparten su docencia en centros públicos, evitar cualquier forma de adoctrinamiento ideológico⁹¹ (*i. e.*, un límite aún más amplio que el que representan los valores constitucionales). Por su parte, la libertad de creación de centros docentes se encuentra con la limitación adicional del respeto a principios constitucionales como la libertad, igualdad, justicia, pluralismo o unidad de España; tales principios, recogidos en el artículo 27.2, no actúan de modo

do: así, en relación con las simpatías y manifestaciones de apoyo de una profesora hacia un partido político prohibido (el KPD), puede verse la sentencia del TEDH, de 28 de agosto de 1986 (*caso Glasenapp*), que entiende que no hay violación del art. 10 del Convenio, aunque en realidad se basa en que el supuesto concreto se sitúa más bien en el ámbito del derecho de acceso a la función pública, no reconocido en el Convenio. En similar sentido, y de la misma fecha, *caso Kosieck*. En cambio, en la sentencia de 26 de septiembre de 1995 (*caso Vogt*), el TEDH aprecia vulneración de la libertad de expresión por la separación del servicio de una profesora perteneciente al DKP, al considerar que la medida no cumple el requisito de ser “necesaria en una sociedad democrática”, resultando desproporcionada. También aprecia vulneración del art. 10 la sentencia de 23 de abril de 1992 (*caso Castells*), que valoró la condena penal a un senador por un escrito publicado en la prensa en el que, tras repasar varios crímenes no aclarados en el País Vasco y supuestamente cometidos por comandos de ultraderecha, responsabilizaba de la situación al gobierno. El Tribunal señala en esta decisión que el ámbito de la crítica admisible es mayor en relación con el gobierno que respecto a particulares, o incluso a políticos.

⁹¹ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9.

meramente limitativo, sino que cumplen una función de inspiración positiva.⁹² Igualmente, el derecho a establecer el ideario del centro está limitado por el respeto a tales principios constitucionales y a los derechos fundamentales, así como por las restantes finalidades necesarias de la educación (art. 27.2 CE y 13.1 del PIDESC).⁹³

Como se aprecia, las referidas limitaciones de los derechos educativos sí están inspiradas en la protección o defensa del orden constitucional democrático, aunque indudablemente existe también la finalidad protectora de los menores. Si bien constitucionalmente esta solo se reconoce para las libertades del artículo 20 (entre ellas la de cátedra, en el art. 20.4), el hecho de que la defensa de los valores constitucionales aparezca explícitamente en los derechos del ámbito educativo muestra a las claras que la Constitución quiere poner un límite adicional, incluso de inspiración positiva, cuando está en juego la formación de la juventud y la infancia. Existe, por tanto, una doble finalidad protectora: de la Constitución y de la infancia, teniendo como objetivo último la formación de las futuras generaciones en el respeto a los principios democráticos de convivencia, ya que se entiende que esta será la mejor garantía para la pervivencia del orden constitucional vigente. Utilizando las palabras de un magistrado discrepante en la sentencia que acabamos de citar: “Si, como escribió Kelsen, «la educación para la democracia es una de las exigencias de la democracia misma», es evidente que el Estado no podría permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos”.⁹⁴

Por consiguiente, aunque creo que no hay límites implícitos a estas libertades que puedan deducirse de los principios o valores fundamentales de la Constitución en aras de la defensa de la

⁹² *Ibidem*, FJ 7.

⁹³ *Ibidem*, FJ 8.

⁹⁴ Voto particular sobre el motivo primero de la sentencia 5/1981, de 13 de febrero, formulado por el magistrado Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los magistrados Ángel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco y Plácido Fernández Viagas; FJ 10.

misma, es cierto que como no podía ser menos, los límites expresamente establecidos por el texto constitucional a las libertades que se vienen tratando, actúan en todo caso. Y no hay duda de que algunos de ellos están basados en la idea de defender los valores constitucionales (especialmente, el art. 27.2) y otros, si bien no inspirados directamente en ellos, pueden actuar en casos concretos en defensa de los mismos.

3.3.3. *Las libertades de reunión y manifestación*

Se está ante un supuesto claro en el que las limitaciones constitucionales afectan fundamentalmente a los medios, pero no a los fines. Podría decirse que el principal “temor” de la Constitución al regular estos derechos es el uso violento de los mismos o el peligro para los derechos de terceras personas, sin preocuparse de que puedan usarse con una finalidad contraria al orden constitucional democrático, siempre y cuando ello se haga respetando en su manifestación las exigencias de la convivencia. En efecto, el artículo 21.1 reconoce el derecho de reunión “pacífica y sin armas”, reconociendo el apartado segundo del precepto como límites para el ejercicio de tal derecho —cuando se trate de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones—, la existencia de razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

En la misma línea se ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁹⁵ que ha señalado que los derechos de reunión y manifestación no comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, ya que ello sería contrario a bienes como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral.⁹⁶ Igualmente ha señalado el Tribunal que el carácter preeminente que tienen en una sociedad democrática los valores de la seguridad ciudadana y el orden general, cuya salvaguarda corresponde al poder público, justifican

⁹⁵ Como resumen a los límites del ejercicio del derecho de reunión, puede verse la STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 5.

⁹⁶ STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5.

la prohibición por falta del requisito de comunicación previa en un plazo razonable, en los supuestos de reuniones en lugares de tránsito público.⁹⁷

En fin, también son punibles las reuniones o manifestaciones que se celebren con el fin de cometer algún delito (art. 513.11 del Código Penal de 1995).

3.3.4. *Libertad de asociación y partidos políticos*

Como se ha visto, uno de los mecanismos más importantes de defensa de la Constitución actúa sobre las asociaciones y especialmente sobre los partidos políticos. Ello es lógico si se tiene en cuenta que estos son el cauce fundamental de la acción política en democracia y, por tanto, intentarán ser utilizados por los “enemigos” del orden constitucional para transformar el sistema democrático por las vías que el mismo ofrece. De hecho, así como los ejemplos vistos de la libertad de expresión, ideológica o de reunión suelen utilizarse como medios “de apoyo” por quienes aspiran a suprimir el orden constitucional, o incluso se utilizan por quienes, siendo contrarios a algunos de los principales valores constitucionales ni siquiera mantienen tal aspiración, por el contrario, los partidos políticos se convierten en un instrumento imprescindible para quienes quieren acabar con la democracia —u otros valores fundamentales— por medios democráticos.

Como es sabido, no hay en la Constitución precepto similar a los artículos 9.2 o 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn. El artículo 22, donde se regula el derecho de asociación, establece, por lo que ahora interesa, algunos límites que podrían, al menos aparentemente, utilizarse como mecanismo de defensa del orden constitucional frente a las asociaciones contrarias al mismo: prohibición de las asociaciones secretas o de carácter paramilitar, existencia de un registro de asociaciones y, sobre todo, declaración de ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito.

⁹⁷ STC 36/1982, de 16 de junio, FJ 6.

Sin embargo, y sin que pueda entrar ahora en el análisis de estos requisitos, parece que por lo que se refiere a las asociaciones secretas o paramilitares, se trata de conceptos que no se refieren a la finalidad que las mismas persiguen, sino a la estructura organizativa —caso de las paramilitares— o a la voluntad de mantener en secreto la existencia de la asociación o sus propios fines. La existencia de un registro de asociaciones tiene, como señala la Constitución, efectos de publicidad, de forma que cabe excluir un control sobre los fines de la asociación, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en el caso concreto de los partidos políticos, para los que señala que la inscripción en el registro supone solo un control formal externo, y de carácter reglado.⁹⁸ Como señala De Otto,⁹⁹ desde el momento en que desapareció del Código Penal la tipificación de las asociaciones por sus fines políticos (por la ley orgánica 4/1980, de 21 de mayo), el registro deja de cumplir legalmente la función de defensa de la Constitución.

Ahora bien, la propia Constitución señala que serán ilegales las asociaciones que persigan fines tipificados como delito; ello podría hacer pensar en la utilización de tal requisito como mecanismo de defensa de la Constitución. Sin embargo, debe señalarse que la persecución de fines contrarios a la Constitución no es de por sí delito, si se respetan las reglas que para ello prevé la propia Constitución —es decir, los medios—; solo podrá hablarse de fines delictivos cuando se persiga alguno de los delitos tipificados como tales en el Código Penal. Ciertamente, este recoge algunos delitos cuyo bien jurídico protegido es la Constitución —así, el delito de rebelión, los delitos contra la Corona, contra las Instituciones del Estado y la división de poderes, los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales, los delitos de los funcionarios contra las garantías constitucionales y los ultrajes a España—; pero estos suelen caracterizarse por la utilización de medios violentos, coactivos o simplemente ilegales, aunque existe alguna excepción al respecto, que se basa en la defensa de los valores constitucionales.¹⁰⁰

⁹⁸ STC de 2 de febrero de 1981, FJ 5; STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 3.

⁹⁹ Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., p. 88.

¹⁰⁰ Los delitos mencionados están contenidos en el título XXI del Código Penal de 1995 que, a diferencia del texto anterior, señala expresamente la

En efecto, el Código Penal establece en su artículo 515 que asociaciones serán ilícitas, repitiendo básicamente los criterios que establece la Constitución. No obstante, cabe destacar que su apartado 51 declara ilícitas las asociaciones que “promuevan la discriminación, el odio o violencia contra personas, grupos o asociaciones” por motivos racistas o en general discriminatorios. Se trata de un supuesto de defensa de los valores constitucionales de igualdad y dignidad de la persona, ya que si bien en ocasiones

Constitución como bien jurídico protegido —aunque la mayor parte de estos delitos ya existían anteriormente—. El delito de rebelión (arts. 472 y ss.), que protege directamente los valores y bienes esenciales de la Constitución, castiga a “los que se alzaren violenta y públicamente...”. También conllevan actos violentos, coacciones, amenazas o injurias los delitos contra la Corona (arts. 485 y ss.), o contra las instituciones del Estado y la división de poderes (arts. 492 y ss.), así como algunos de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales (*p. ej.*, arts. 522 y ss.). En cuanto a los delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales (arts. 529 y ss.) lo que realmente protegen es el libre disfrute o ejercicio de los derechos fundamentales.

Sin embargo, ciertos delitos contra fines o valores constitucionales castigan simplemente la actuación contraria a dichos valores: así sucede por ejemplo con el art. 510, que considera punible la provocación “a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía...”. Como veremos, esta finalidad también está castigada cuando es promovida por asociaciones (art. 515.51). Estos delitos protegen valores como la igualdad o la dignidad, y atentan también contra derechos subjetivos concretos —o contra la dimensión subjetiva de dichos valores—. Aunque parece que no prohíben la defensa en abstracto, por medios pacíficos, de valores contrarios a los recogidos en la Constitución, sino la provocación a la discriminación, odio o violencia contra colectivos o asociaciones concretos —con lo que tales actos podrían considerarse un conflicto de derechos, en el que prevalecen el derecho a la no discriminación y a la dignidad—, no cabe duda de que tales delitos constituyen un límite al derecho de asociación —así como a otras libertades constitucionales— cuyo fundamento es indudablemente la defensa de determinados valores fundamentales protegidos en la norma fundamental.

Por último, cabe destacar el art. 543, que castiga penalmente los ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas. Este precepto tiene como bien protegido la propia idea de la nación española, así como la de las regiones o nacionalidades que la componen y sus símbolos.

tal discriminación racial podría ser delictiva —en función de los medios que se utilicen—, en principio este precepto parece ser más amplio, constituyendo un supuesto de ilicitud por los fines contrarios a los valores superiores constitucionales, con independencia de los medios que se utilicen. Se trata de una especificación, para las asociaciones, del delito recogido con carácter general en el artículo 510. Por tanto, aquí sí puede apreciarse un concreto mecanismo de defensa de los valores constitucionales, si bien no se encuentra en la propia norma fundamental, sino en el Código Penal.

En fin, a pesar de estos supuestos, creo que no cabe deducir con carácter general la ilicitud penal de la persecución de fines contrarios al orden constitucional, cuando ello se hace por medios no prohibidos por la norma fundamental o por las leyes, mediante el pacífico ejercicio de los derechos fundamentales.

Por lo que se refiere a los partidos políticos, y sin perjuicio de que a estos les sea aplicable el artículo 22, precepto genérico relativo a las asociaciones,¹⁰¹ debe tenerse en cuenta además el artículo 6, que establece que la creación y ejercicio de la actividad de los partidos políticos son libres, dentro del respeto a la Constitución y a la ley, añadiendo que su estructura interna y funcionamiento deben ser democráticos.

Con todos estos datos, parece difícil deducir de la Constitución española la existencia de mecanismos de defensa del orden constitucional en relación con los partidos políticos. De Otto es de la misma opinión, señalando además que no cabe deducir tales mecanismos ni del artículo 6 ni del 9.1.¹⁰² Rodríguez Díaz,¹⁰³ en la misma línea, señala tres problemas fundamentales a la hora de intentar aplicar el principio de democracia militante a la constitucionalidad de los partidos: en primer lugar, la falta de eficacia de tal principio; en segundo lugar, la falta de certeza y seguridad jurídica que conlleva, sobre todo en un texto

¹⁰¹ STC de 2 de febrero de 1981, FJ 1; STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 2.

¹⁰² Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., pp. 25 y ss.; 47 y ss.; aun que es esta la tesis central de todo el libro.

¹⁰³ Rodríguez Díaz, A., *Transición política y consolidación constitucional de los partidos políticos*, Madrid, CEC, 1989, pp. 183 y ss.

como la Constitución española, que no establece expresamente mecanismos de defensa de la Constitución; por último, el problema político que supondría encomendar al Tribunal Constitucional una tarea de interpretación de la Constitución que supone un auténtico desarrollo de la misma; concluye este autor que no cabe deducir mecanismos de defensa de la Constitución en relación con los partidos políticos, de ninguno de los requisitos del artículo 6: el respeto a la Constitución y a la ley, y la estructura interna y funcionamiento democráticos. En efecto, ninguno de estos dos requisitos atañen a los fines perseguidos por los partidos.

Ahora bien, la cuestión planteada ha vuelto a cobrar plena actualidad con motivo del debate producido en torno a la aprobación de la nueva Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. No es posible, en el contexto de un trabajo de estas características, analizar los complejos y variados problemas que plantea esta nueva legislación.¹⁰⁴ Cabe señalar que la anterior Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos, derogada por la ley de 2002, establecía, por lo que ahora interesa, que solo podría declararse la disolución de los partidos cuando incurran en supuestos tipificados como de asociación ilícita o cuando su organización o actividades sean contrarias a los principios democráticos. En cambio, la nueva Ley Orgánica de 2002 contiene una regulación mucho más amplia de la cuestión, dedicando todo su capítulo II a la organización, funcionamiento y actividades de los partidos políticos, y el capítulo III a la disolución o suspensión judicial de los partidos

¹⁰⁴ Entre los diversos trabajos publicados ya tras la aprobación de la nueva Ley de Partidos, puede mencionarse Vírjala Foruria, E., “Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2002-2003, pp. 203 y ss.; Tajadura Tejada, J., “La dimensión externa del principio de constitucionalidad de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 12-13, 2003-2004, pp. 223 y ss.; Álvarez Conde, E., “Veinticinco años de derecho de partidos”, en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 47 y ss.; Blanco Valdés, R., “La nueva ley de partidos y la defensa del Estado”; Bastida Freijedo, F. J., “De las defensas y aperturas de la Constitución”, ambos en las Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Toledo, noviembre de 2002.

políticos. Mientras que el artículo 7 se centra en los requisitos relativos a la organización y funcionamiento, desarrollando el artículo 6 de la Constitución en lo relativo a la exigencia de estructura interna y funcionamiento democrático de los partidos, el extenso artículo 9 se refiere a la actividad de los partidos, imponiendo una serie de requisitos a la misma. En efecto, su apartado 1 señala:

Los partidos políticos ejercerán libremente sus actividades. Deberán respetar en las mismas los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo.

El apartado 2 del mismo precepto desarrolla esta idea, disponiendo que:

Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o impedir o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:

- a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.
- b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.
- c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

Por su parte, el apartado 3 incluye una larga lista de actividades que se entenderán incluidas en todo caso en las previsiones del

apartado 2, y que básicamente consisten en distintas formas de apoyo a la actividad terrorista.¹⁰⁵

Ciertamente, el tenor literal del precepto transcrito podría hacer pensar que la ley ha tratado de implantar un mecanismo de defensa de la Constitución basado en un principio de demo-

¹⁰⁵ “Se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes:

a. Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.

b. Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos.

c. Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra estos conductes a su elección.

d. Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.

e. Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos.

f. Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúen de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas.

g. Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior.

h. Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas.

i. Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia”.

cracia militante, en tanto en cuanto parecerían tenerse en cuenta los fines contrarios a la Constitución como criterio para la declaración de ilegalidad; en concreto, el inciso relativo a que dicha declaración de ilegalidad procederá cuando la actividad “persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático [...]” podría admitir una interpretación en este sentido. Sin embargo, y teniendo en cuenta que la Constitución no establece un sistema de democracia militante, como he intentado justificar, la interpretación adecuada de todo el artículo 9 de la Ley de Partidos debe realizarse de acuerdo con los propios preceptos constitucionales, lo que descarta la ilegalización por los fines perseguidos o por la ideología defendida por el partido. La interpretación global del artículo 9 debe ir en el sentido de entender que los motivos que el mismo establece para la declaración de ilegalidad se refieren a la actividad del partido, permitiendo dicha declaración solo cuando tal actividad sea contraria a los principios, mecanismos y procedimientos que establece el sistema democrático y, en particular, cuando dicha actividad se vincule a los métodos violentos o al terrorismo.

El Tribunal Constitucional ha interpretado este precepto precisamente en el sentido que propongo. En la trascendental sentencia que se pronunció sobre la Ley de Partidos,¹⁰⁶ reconoció globalmente la constitucionalidad de esta, si bien interpretando algunos de sus preceptos de conformidad con la Constitución. El Tribunal señala que “la libertad característica de las asociaciones, y de la que los partidos también disfrutaban, no puede ser para estos tan omnímoda que a su amparo se desvirtúen como instrumentos para la consecución de fines constitucionales”.¹⁰⁷ Más adelante, la sentencia realiza de forma categórica la afirmación ya comentada en el sentido de que en el ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, de manera que, dentro del respeto a los principios constitucionales, “cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere

¹⁰⁶ STC 48/2003, de 12 de marzo.

¹⁰⁷ *Ibidem*, FJ 6.

los principios democráticos o los derechos fundamentales”.¹⁰⁸ A partir de ahí, el supremo intérprete de la Constitución destaca que los preceptos de la Ley de Partidos se proyectan sobre la actividad de los partidos y no sobre sus fines, y se refieren además exclusivamente a los principios y valores constitucionales, cuyo contenido y alcance vienen dados por el sentido y alcance que resulta de la interpretación integrada de los preceptos constitucionales positivos. Con esta base, el Tribunal interpreta el artículo 9 en el sentido de que no exige una vinculación positiva, sino el respeto a los valores constitucionales en la actividad de los partidos. De esta forma, la enumeración de conductas del artículo 9.3 no debe entenderse como un añadido a las establecidas en el artículo 9.2, sino que en todo caso, ha de concurrir alguno de los supuestos mencionados en el segundo apartado del artículo 9 para que pueda procederse a la ilegalización: los supuestos del apartado 3 son, por tanto, especificaciones del género de conductas descritas en el apartado 2.¹⁰⁹ Con este criterio general, la sentencia realiza otra serie de declaraciones interpretativas sobre diversos preceptos de la ley para entenderlos adecuados a la Constitución, aunque significativamente esas declaraciones interpretativas no tienen reflejo alguno en el fallo.¹¹⁰

Por tanto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene a corroborar la tesis central que aquí sostengo: no cabe entender que exista en el ordenamiento constitucional un principio de “democracia militante”, de manera que el sistema admite todos los fines, pero no todos los medios. Solo la utiliza-

¹⁰⁸ *Ibidem*, FJ 7.

¹⁰⁹ *Ibidem*, FJ 10.

¹¹⁰ En efecto, es el FJ 23, último de la sentencia, el que recapitula los preceptos que han sido interpretados de conformidad con la Constitución, remitiéndose a los fundamentos correspondientes. Sin embargo, el fallo se limita —tras rechazar la causa de inadmisión que se planteó— a desestimar el recurso en su totalidad. Con esta técnica, el Tribunal se aparta del mecanismo habitualmente utilizado en las “sentencias interpretativas”. En todo caso, esta es una sentencia materialmente interpretativa, aunque desde la perspectiva de la técnica jurídica resulta difícil entender que esa interpretación no tenga reflejo alguno en el fallo, que debería haber declarado que los preceptos de la ley son constitucionales “si se interpretan” en el sentido establecido en los fundamentos jurídicos.

ción de medios contrarios a los principios democráticos o violentos —como el terrorismo o el apoyo al mismo— justifica la limitación de los derechos fundamentales —en particular, del derecho de asociación política— en defensa del orden constitucional.

Sin embargo, conviene mencionar también algunas afirmaciones sobre el tema de la inconstitucionalidad de los partidos, realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias antes mencionadas que han afectado a Turquía. En general, la jurisprudencia del TEDH parece situarse en la línea que aquí mantengo, y así, ha afirmado que “teniendo en cuenta el papel esencial de los partidos políticos para el buen funcionamiento de la democracia, las excepciones contempladas en el artículo 11 requieren, una interpretación estricta, ya que solo razones convincentes e imperativas pueden justificar restricciones a su libertad de asociación”.¹¹¹ De este modo, y con carácter general, “el hecho de que dicho proyecto político se considere incompatible con los principios y estructuras actuales del Estado [turco], no lo hace contrario a las reglas democráticas. Pertenecer a la esencia de la democracia el permitir la propuesta y discusión de proyectos políticos diversos, incluso los que cuestionan el modo de organización actual de un Estado, siempre que no pretendan atentar contra la misma democracia”.¹¹² No obstante, en una sentencia posterior, en relación con el Partido de la Prosperidad, de ideología islámica integrista, parece matizar algo esta idea, al señalar que

[u]n partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado con dos condiciones: 1) los medios utilizados a este efecto deben ser desde todo punto de vista legales y democráticos; 2) el cambio propuesto debe ser él mismo compatible con los principios democráticos fundamentales. De ello se deriva necesariamente que un partido político cuyos responsables incitan a recurrir a la vio-

¹¹¹ Sentencia de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado y otros vs. Turquía*, y en el mismo sentido, sentencia de 8 de diciembre de 1999, *Partido de la Libertad y la Democracia vs. Turquía*.

¹¹² Sentencia de 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista y otros vs. Turquía*; sentencia de 8 de diciembre de 1999, *Partido de la Libertad y la Democracia vs. Turquía*.

lencia o proponen un proyecto político que no respeta una o varias normas de la democracia o que tiende a la destrucción de esta así como al desconocimiento de los derechos y libertades que esta reconoce, no puede prevalerse de la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por estos motivos.¹¹³

Desde luego, hay que reconocer que estas afirmaciones podrían entenderse en el sentido de que cabe, dentro del sistema del Convenio europeo, la disolución de los partidos tanto por sus medios como por sus fines cuando unos u otros son contrarios al sistema democrático. Al respecto, puede recordarse la peculiaridad que supone el artículo 17 del Convenio —en relación con muchos textos constitucionales, entre otros el español—, al prohibir expresamente el abuso de derecho, señalando que ninguna disposición del Convenio puede interpretarse en el sentido de implicar para Estado, grupo o individuo un derecho a realizar actos tendentes a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Por lo demás, como he destacado, el criterio general de la jurisprudencia anterior en la materia parece ir más bien en la línea de la admisibilidad de cualquier proyecto político en un sistema democrático —de hecho, todas las sentencias anteriores sobre partidos disueltos en Turquía declararon la vulneración del Convenio—, si bien es cierto que, como se vio en las líneas antes transcritas, ya se excluían de este principio general los proyectos que pretendieran atentar contra la democracia.

Por tanto, parece que debe admitirse que el Convenio europeo permite a los Estados miembros cierta aplicación de los principios propios de la “democracia militante”, en cuanto a la prohibición o disolución de los partidos políticos, no solo por la utilización de métodos violentos, sino también por su finalidad de destrucción del propio sistema democrático. En cambio, cualquier otra finalidad de un partido político debe admitirse, aunque choque con algún principio constitucional del Estado miembro. Así, el principio democrático se constituye como elemento fundamental del “orden público europeo”.

Ahora bien, lo dicho no significa en modo alguno que el Convenio imponga a los Estados parte la disolución de los parti-

¹¹³ Sentencia de 31 de julio de 2001, caso *Refah Partisi y otros vs. Turquía*.

dos por sus fines ni mucho menos la asunción de los principios propios de la “democracia militante”. Antes bien, la existencia o implantación de esos instrumentos de defensa del orden constitucional dependerá de cada sistema constitucional.

Por ello, y volviendo al sistema español, puedo concluir que no hay mecanismos generales de “defensa de la Constitución” en sentido estricto —que pudieran responder a un principio de “democracia militante”—, en relación con las asociaciones y partidos políticos. Sin embargo, no debe olvidarse que existen limitaciones que afectan su actividad y los medios utilizados, o incluso sus fines —prohibición de perseguir fines ilícitos, obligación de respetar la Constitución y los principios democráticos en su actividad, y exigencia de democracia interna para los partidos políticos—. Tales limitaciones y prohibiciones garantizan un “mínimo democrático”. El respeto al pluralismo político impide, creo, que pueda llevarse el control sobre las asociaciones y partidos hasta el extremo de prohibir o limitar aquellos cuyos fines sean antidemocráticos o contrarios a los valores constitucionales; pero, en todo caso, esta permisividad en cuanto a los objetivos de los partidos no supone desprotección absoluta del orden constitucional, por cuanto sí existen limitaciones respecto a los medios a utilizar y a su funcionamiento, por lo que, en todo caso, sean cuales sean los fines (siempre que no sean delictivos y con la excepción de los arts. 510 y 515 del Código Penal), estos solo se pueden intentar alcanzar por los medios y mecanismos que brinda el sistema democrático y el Estado de derecho: y aquí radica, creo, la verdadera protección de la democracia que, para no dejar de ser tal, ofrece sus mecanismos a toda la pluralidad de opciones.

3.3.5. El acceso a cargos públicos

Si bien el derecho reconocido en el artículo 23.2 es un derecho de configuración legal dentro del principio fundamental del pluralismo político, las limitaciones para acceder a los cargos públicos representativos deben ser interpretadas restrictivamente, además de servir a otros bienes o fines dignos de protección.

El problema de los requisitos para acceder a los cargos públicos representativos se ha planteado en varias sentencias del Tribunal Constitucional, en relación con la exigencia de juramento o promesa de acatamiento —o fidelidad— a la Constitución para el acceso al cargo.¹¹⁴ Pero el Tribunal, lejos de configurar el juramento como mecanismo de defensa de los valores y principios fundamentales de la Constitución, formalizó el significado del requisito, al entenderlo no como adhesión ideológica, sino como respeto, lo cual se traduce en no intentar su modificación por otros medios que los previstos en la propia Constitución. Desde esta perspectiva, no parecen existir fines inconstitucionales, sino solo medios contrarios a la norma fundamental. En similar sentido interpretó el término fidelidad, que incluso podría haber dado más pie a un entendimiento “defensivo” de la Constitución.

En fin, también en relación con este derecho hay que destacar la reforma del artículo 44 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, operada por la LO 6/2002, de Partidos Políticos, en el sentido de impedir la presentación de candidaturas de las agrupaciones de electores que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal o disuelto, o suspendido, añadiendo los criterios que se tendrán en cuenta para apreciar esta sucesión.¹¹⁵ Se trata de una consecuencia de los criterios establecidos por la propia Ley de Partidos para la declaración de ilegalidad, pretendiendo evitar el fraude de ley. El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión

¹¹⁴ Así, en STC 101/1983, de 18 de noviembre; 122/1983, de 16 de diciembre; 8/1985, de 25 de enero; 119/1990, de 21 de junio; y 74/1991, de 8 de abril. A este tema dediqué mi trabajo “El acatamiento a la Constitución y el acceso al ejercicio de cargos públicos representativos”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 28, 1993, pp. 121 y ss.

¹¹⁵ El texto del art. 44.4, añadido por LO 6/2002, es el siguiente: “No podrán presentar candidaturas las agrupaciones de electores que, de hecho, vengán a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento de las personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión”.

de aplicar este precepto en el marco del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución.¹¹⁶

4. LA DEMOCRACIA Y LOS VALORES
CONSTITUCIONALES: DEFENSA FRENTE
AL “ENEMIGO” Y ACEPTACIÓN DEL MISMO

En el problema de la defensa de la Constitución en el sentido expuesto subyace la dicotomía entre los sentidos material y formal de democracia, la tensión entre la esencia de la libertad y la defensa de la misma, la distinción entre legalidad y legitimidad.

En efecto, la defensa de la Constitución parece estar vinculada a una concepción material de la democracia, que quiere proteger los valores fundamentales que forman parte de la misma. Se atribuye a Winston Churchill la siguiente afirmación: “Democracy means that if the door bell rings in the early hours, it is likely to be the milkman”.¹¹⁷ Detrás de esta frase subyace la idea de respeto a los derechos fundamentales, libertad e igualdad, y a determinados valores como la seguridad, como contenido esencial de la propia democracia. De este punto de vista parte la idea de defensa de la Constitución o democracia militante, alejada de la neutralidad y preocupada por la idea de defender sus valores frente a los ataques que pudieran sufrir.

Frente a esta concepción material de democracia estaría una concepción formal o procedimental, que la concebiría fundamentalmente como método. El máximo exponente de esta concepción es Kelsen, para quien “es una manifiesta corrupción de la terminología aplicar el vocablo «democracia», que tanto ideológica como prácticamente significa un determinado método para la creación del orden social, al contenido de ese mismo orden, que es cosa totalmente independiente”.¹¹⁸

¹¹⁶ STC 85/2003, de 8 de mayo.

¹¹⁷ Véase Perry, M. J., *The Constitution, the Courts and Human Rights*, Yale University Press, 1982, p. 4; quien cita a Thomas, H., *A History of the World*, 1979, que es quien atribuye la frase a Churchill.

¹¹⁸ Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Guadarrama, p. 127.

Sin embargo, aun compartiendo la idea de que la democracia es algo más que el método o procedimiento de toma de decisiones, ya que comprende algunos valores fundamentales —idea presente en la Constitución española—, el querer hacer corresponder tal idea con un principio de democracia militante o con una serie de mecanismos jurídicos destinados a impedir la transformación de esa democracia me parece erróneo. Y ello porque la democracia no solo es método, y el privar o limitar los mecanismos propios de la democracia —libertades políticas, reforma constitucional, acceso y participación en el proceso político...— a quienes pretenden transformar el régimen supone alterar la esencia de la democracia en aras de su propia defensa.

Igualmente cabe apreciar el “doble juego” que realizan en este problema los valores constitucionales, especialmente la libertad y el pluralismo: si, por una parte, son ellos mismos el objeto esencial de la protección o defensa constitucional, por otro, no se realizarían en su plenitud si se niega la libertad a quienes pretenden usarla con fines contrarios a la propia libertad y a los restantes valores constitucionales. Del mismo modo, no hay pluralismo pleno si se excluyen opciones del juego político. Desde el punto de vista del derecho constitucional, es difícil defender la libertad y el pluralismo restringiendo su ámbito de aplicación.

Siguiendo esta perspectiva, y en la línea que he mantenido a lo largo de este trabajo, puedo señalar que efectivamente los valores constitucionales son dignos de protección por el régimen democrático; pero esta defensa presentará importantes contradicciones si se pretende articular en el plano estrictamente jurídico. Más bien me parece que lo que puede y debe hacer el sistema democrático es señalar cuáles son aquellos valores o principios cuya supresión implicaría el final del sistema; de esta forma, tales valores —sobre todo el principio democrático o la soberanía popular— se convertirán en parámetro de legitimidad del sistema, defendiéndose, en el plano político, de aquellas opciones que representan un peligro para el propio concepto de democracia y de Constitución.

Afirma Peces-Barba¹¹⁹ que los valores superiores se fundamentan en la Constitución española en el consenso o el

¹¹⁹ Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 106 y ss.

acuerdo, con carácter concreto e histórico, pero añade que tal acuerdo no responde a un criterio puramente formal ni aparece totalmente a merced de la mayoría, ya que encuentra una fundamentación racional, cual es el recoger una moralidad basada en la dignidad humana y reflejar la ética propia del mundo moderno.¹²⁰

Por ello, desde mi punto de vista, la clave del problema radica en la distinción entre validez y legitimidad. Si la democracia es el principio de legitimidad interna del sistema, no todo lo que es admisible en el plano de la legalidad constitucional se convierte en una opción legítima ni políticamente aceptable. La defensa de la Constitución actuará eficazmente, desde este punto de vista de la legitimidad, si existe conciencia, mentalidad o “sentimiento constitucional” tanto en los titulares de los poderes públicos como en la población en general, lo que conducirá a la descalificación y al rechazo político de ciertos fines constitucionalmente no deseados. De ahí el importante papel que desempeñan los valores y principios constitucionales como parámetro de la legitimidad y, desde luego, como factor de integración material, como señala Smend,¹²¹ para quien tales valores deben realizarse por el Estado en la comunidad. Si ello es así, es difícil apreciar peligros para el orden constitucional, aunque nosotros no traslademos la descrita defensa constitucional al plano de la validez o legalidad, pues creemos que ello supondría negar el significado último de los propios valores.

En realidad, y aunque los “peligros” para el orden constitucional se pueden presentar en cualquier momento histórico y en cualquier espacio geográfico, debe admitirse que la idea de “defensa de la Constitución” y “democracia militante”, con el sentido aquí visto, surge como reacción a unos hechos históricos concretos: el final de la Constitución de Weimar. En efecto, autores como Schmitt habían puesto de manifiesto las contradic-

¹²⁰ En general, sobre los valores superiores y su fundamentación, Díaz Revorio, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEP, 1997.

¹²¹ Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), edición española, *Constitución y derecho constitucional*, trad. de J. M. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, pp. 95 y ss.

ciones que encerraba el principio de igualdad de *chance*, que en el fondo encerraba una serie de primas a la posesión legal del poder, afirmando incluso que tal igualdad de *chance* solo podía mantenerse para aquel de quien se esté seguro que la mantendrá con los demás, pues lo contrario sería un suicidio.¹²² Este mismo autor, en un escrito posterior al final del nazismo, critica duramente el positivismo que, convirtiendo el derecho en legalidad, lo transforma en una “imposición de imposiciones”: a la transformación del derecho en legalidad sigue la transformación de la legalidad en arma de guerra civil, no solo en el caso alemán, sino con precedentes cercanos, según la idea de Lenin de que debían combinarse las formas de lucha ilegales con todas las formas de lucha legales.¹²³

Sin embargo, y sin necesidad de compartir plenamente las tesis del positivismo jurídico, puede resaltarse, como hace De Otto,¹²⁴ que al hundimiento de la República de Weimar contribuyeron una serie de factores que provocaron una crisis espiritual, económica, social, internacional, de forma que quien pretende buscar la causa de tal hundimiento en el positivismo jurídico, que habría dejado indefensa a la libertad, caería en la “ilusión de los juristas”, consistente en pretender zanjar una cuestión política con una respuesta jurídica. Y es que, en efecto, y para terminar con palabras de este autor:

El orden constitucional no se defiende mediante la ilegalización de sus enemigos, sino con su propio funcionamiento correcto sobre una base social, económica y política adecuada, con el desarrollo de la primacía del derecho, con la creación de una conciencia constitucional, tareas todas ellas más arduas y esforzadas que la “defensa de la Constitución”, pero más acordes con el orden constitucional de cuya garantía se trata, el orden constitucional se defiende existiendo.¹²⁵

¹²² Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad...*, cit., pp. 40 y ss., especialmente p. 52.

¹²³ Schmitt, C., *El problema de la legalidad*, escrito de 1949 incluido en *Legalidad y legitimidad...*, cit., pp. 157 y ss.

¹²⁴ Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución...*, cit., pp. 55 y ss.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 58.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Conde, E., “Veinticinco años de derecho de partidos”, en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004.
- Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- Arnold, R., “La reforma constitucional en Alemania”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.
- Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho constitucional*, 3ª ed., trad. de P. Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1987.
- Bryce, J., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, CEC, 1988.
- Contreras, M., “Sobre el título X de la Constitución española: de la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.
- Díaz Revorio, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEPC, 1997.
- Embid Irujo, A., *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los derechos alemán y español)*, Alcalá de Henares, Madrid, INAP, 1987.
- Espín Templado, E., *Derecho constitucional*, con L. López Guerra, J. García Morillo, P. Pérez Tremps, M. Satrústegui, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- García Roca, J., “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia”, en *Derechos y garantías. Anuario iberoamericano*.
- , “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002.
- García-Atance García, M. V., “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.

- Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993.
- Hernández Valle, R., “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, 1993.
- Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación en torno al título X CE”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, 1980.
- Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luen-go Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Guadarrama.
- Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1976.
- Otto Pardo, I. de, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, CEC, 1985.
- , *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.
- Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.
- Pérez Royo, J., *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- Perry, M. J., *The Constitution, the Courts and Human Rights*, Yale University Press, 1982.
- Picard, É., “Les révisions constitutionnelles en France”, en *Revista Española de Derecho Político*, núm. 37, 1992.
- Rodríguez Díaz, A., *Transición política y consolidación constitucional de los partidos políticos*, Madrid, CEC, 1989.
- Salvador Coderch, P., *El derecho de la libertad*, Madrid, CEC, 1993.
- Sánchez González, S., *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983.
- , *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.
- , *Teoría de la Constitución*, 11ª ed., 1992 (ed. original de 1928).

- Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), edición española, *Constitución y derecho constitucional*, trad. de J. M. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985.
- Stern, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1987.
- Tajadura Tejada, J., “La dimensión externa del principio de constitucionalidad de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 12-13, 2003-2004.
- Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- Vírgala Foruria, E., “Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2002-2003.

Consideraciones sobre la reforma de la Constitución

1. PLANTEAMIENTO: LA CUESTIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

El tema de la reforma constitucional ha sido siempre considerado como uno de los aspectos capitales de la teoría de la Constitución, dado que el tratamiento del mismo se relaciona directamente con el propio concepto de Constitución, su posición en el ordenamiento jurídico, su defensa y su desarrollo y aplicación.¹

¹ A título de muestra, puede verse el tratamiento de la cuestión de la reforma constitucional en algunos de los textos que han constituido una referencia en la teoría de la Constitución: Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala (título original *Verfassungslehre*), Madrid, Alianza Universidad, 1982, pp. 115 y ss.; Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976 (reimp. 1982), pp. 170 y ss.; o en otros trabajos más recientes como Ferrando Bada, Juan, *Teoría de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 200 y ss., o Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 295 y ss.

También hay que citar algunos de los trabajos que podrían considerarse “clásicos”, específicamente dedicados a temas vinculados a la reforma constitucional, como podrían ser, por ejemplo, Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, CEC, 1988; o Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster (del original *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-*

En efecto, el análisis de los problemas vinculados a la reforma constitucional y el sentido que se dé a la misma institución, depende en gran medida del concepto de Constitución del que se parta. No es este el lugar adecuado para llevar a cabo siquiera un somero repaso de los conceptos de Constitución.² Sin embargo, me gustaría destacar en este momento que, desde mi punto de vista, el concepto jurídico-formal que entiende la Constitución como norma suprema de un ordenamiento que prevalece sobre todas las demás y no puede ser modificada o derogada por ninguna otra posterior —salvo la propia reforma constitucional—, debe ser completado con un sentido garantista que deriva de la propia historia del constitucionalismo,³ de tal modo que no cabe considerar indiferentemente el contenido y finalidad del texto constitucional, ya que la propia esencia del mismo es servir como límite al poder, estableciendo su separación mediante un sistema basado en el principio democrático, así como la proclamación y garantía de los derechos fundamentales.

Esta finalidad garantista, que yo creo compatible con la consideración jurídico-formal de la Constitución —de hecho ambas dimensiones se relacionan estrechamente si se piensa que la supremacía jurídica de la norma suprema obedece a la necesidad de limitar al poder y garantizar los derechos que la misma contiene—, genera también consecuencias en el ámbito de la reforma constitucional. En efecto, desde esta perspectiva garantista, la reforma se configura como un mecanismo de defensa constitucional. En primer lugar, frente al legislador y los poderes constituidos, dado que la rigidez constitucional —que hoy es una técnica habitual— impide la reforma de la Constitución por el legislador

politische Abhandlung von Georg Jellinek, 1906), Madrid, CEC, 1991. En ambos casos hay que destacar el estudio preliminar realizado por Pablo Lucas Verdú.

² Además de las obras citadas en nota anterior, puede verse, por ejemplo, el clarificador repaso por los conceptos de Constitución que lleva a cabo Eduardo Espín Templado en *Lecciones de derecho político*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 84 y ss.

³ En este sentido me he pronunciado en mi trabajo “El valor histórico de la Constitución”, estudio preliminar de *Textos constitucionales históricos*, F. Javier Díaz Revorio (comp.), Lima, Palestra, 2004, pp. 15 y ss.

ordinario o con el mismo procedimiento necesario para la aprobación de una ley. En segundo lugar, frente al mismo poder de reforma o revisión constitucional, dado que los procedimientos de reforma van encaminados a exigir procedimientos más complejos con la finalidad de salvaguardar el texto constitucional e incluso, en algunos casos, se trata de dificultar especialmente, o hasta de impedir o prohibir la revisión total o la reforma de los valores esenciales de un sistema constitucional. Por todo ello, hoy es habitual la idea de que la rigidez constitucional es un mecanismo imprescindible para garantizar la supremacía jurídica de la norma fundamental o, dicho de otro modo, que una Constitución que puede reformarse por el mismo procedimiento que la legislación ordinaria no podría tener, en sentido estricto, más rango que la ley.

En realidad, y como se verá, rigidez y supremacía son conceptos diferentes. Sin embargo, hoy tienden a aproximarse hasta casi confundirse. En cualquier caso, la reforma de la Constitución —sea por la exigencia de mecanismos rígidos o por la imposición de una forma específica a las leyes de reforma— se configura como un mecanismo de garantía de los valores del constitucionalismo, y que tiende a la vez a asegurar la supremacía normativa de la Constitución, posibilitando así un equilibrio entre la permanencia y estabilidad de estos valores y la adaptación del texto a las cambiantes circunstancias. El sentido jurídico-formal y el garantista confluyen también, por tanto, a la hora de considerar la reforma de la Constitución.

Desde luego —y esta es una de las ideas fundamentales de este trabajo—, el análisis de un concreto ordenamiento constitucional en lo relativo a los preceptos que regulan la reforma no puede hacerse obviando las consideraciones anteriores sobre el sentido garantista de la reforma constitucional. Incluso los concretos procesos o iniciativas de reforma en un sistema determinado deben entenderse en el contexto señalado. La teoría de la Constitución es una disciplina que se ha construido con base en el examen de los concretos sistemas constitucionales y de su sentido y finalidad y, por tanto, no cabe considerar un concreto sistema o una particular reforma constitucional fuera de los parámetros que estamos señalando.

Por descontado, el análisis de la Constitución española y sus prescripciones sobre la reforma, o de las concretas iniciativas de reforma que han tenido lugar en España, tampoco pueden llevarse a cabo de forma aislada o desvinculándose del sentido y finalidad de la reforma constitucional en la teoría de la Constitución. En esta línea se puede comprender que los primeros trabajos dedicados a la reforma constitucional, tras la aprobación de la Constitución de 1978, partían de los aspectos generales de la misma, a fin de analizar a su luz las prescripciones del título X de nuestra norma fundamental.⁴ Todavía en la década de los noventa del siglo xx podemos encontrar estudios doctrinales centrados en aspectos generales, junto a otros más vinculados al análisis del texto constitucional español en lo relativo a la reforma, o en los que se empiezan a sugerir posibilidades concretas de modificación del texto constitucional.⁵ A ellos hay que añadir los trabajos

⁴ La mejor doctrina constitucional dedicó en los años ochenta algunos trabajos a la reforma constitucional que todavía son una referencia obligada. Dado que una concreta reforma constitucional no estaba aún en las previsiones de casi nadie, el objeto era el análisis de nuestro título X a la luz de las aportaciones de la teoría de la Constitución. En esta línea hay que citar, por ejemplo, a Jiménez Campo, Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980; Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, y a Pérez Royo, Javier, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987. En general, sobre la bibliografía relativa a la reforma constitucional en España, con mayor amplitud, consúltese el trabajo de Belda Pérez-Pedrero, Enrique, “Materiales doctrinales para la reforma constitucional en España”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 8, 2004, pp. 185 y ss. Muy interesante a estos efectos es también el *Boletín de Documentación*, núms. 19-20, 2004, del CEPC, dedicado a *La reforma constitucional en España*.

⁵ Como ejemplos pueden citarse los trabajos de Rubio Llorente, Francisco, “Sobre la conveniencia de terminar la Constitución”, *Claves de razón práctica*, núm. 25, 1992; Contreras, Manuel, “Sobre el título X de la Constitución española: de la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992; García-Atance, María Victoria, “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992; Ruipérez Alamillo, Javier, “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 75, 1992; Hernández Valle, Rubén, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, 1993; Pérez Royo, Javier, “Algunas reflexiones sobre el

referidos a la primera y hasta hoy única reforma constitucional que, como es sabido, se produjo en 1992 para adecuar el texto del artículo 13.2 de la Constitución al Tratado de la Unión Europea o de Maastricht, introduciendo la posibilidad de reconocer, por tratado o ley y atendiendo a criterios de reciprocidad, el derecho de sufragio pasivo —hasta entonces solo se mencionaba el sufragio activo— a los extranjeros. Como es sabido, dicha reforma vino precedida de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, que vino a señalar la incompatibilidad del Tratado de la Unión Europea con nuestra norma fundamental, por cuanto aquel sí reconocía expresamente el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión en el Estado de su residencia.⁶

En estos mismos años, pero sobre todo en los sucesivos, la doctrina fue dedicándose cada vez más a algunos de los temas o aspectos específicos que por diversas razones se consideraban susceptibles de reforma constitucional.⁷ El anuncio del presi-

título X de la Constitución”, en *Revista de Política Comparada*, núms. 10-11, 1994; Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución de 1978*, Madrid, BOE-CEPCX, 2000.

⁶ Entre la bibliografía que abordó este aspecto específico de la reforma constitucional, puede destacarse: López Aguilar, Juan Fernando, “Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992; del mismo autor, “La reforma de la Constitución: opciones constitucionales ante la ratificación de los Acuerdos de Maastricht”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992; Mangas Martín, Araceli, “La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución: una reforma constitucional innecesaria”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 44, 1992; Rallo Lombarte, Artemi, “El Tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros en España”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992; Aragón Reyes, Manuel, “La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994; Pérez Tremps, Pablo, *Constitución española y comunidad europea*, Madrid, Civitas, 1994; del mismo autor, “El alcance jurídico y político de la primera reforma constitucional en España”, en AA.VV., *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Valencia, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 2000.

⁷ La bibliografía sobre los diversos temas de la reforma se haría difícilmente abarcable en un trabajo de estas características. Pueden consultarse las referencias que menciona Belda Pérez-Pedrero, Enrique, “Materiales doctri-

dente en el discurso de investidura de 15 de abril de 2004, en el sentido de emprender una reforma constitucional limitada a cuatro temas concretos y la posterior consulta al Consejo de Estado, planteada por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, centraron el debate sobre la reforma en los cuatro aspectos incluidos en la propuesta que, como es sobradamente conocido, eran el Senado, la eliminación de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona, la mención de las comunidades autónomas y la referencia a la Unión Europea.⁸ Como se sabe, la propuesta no avanzó más y ni siquiera llegó a iniciativa,⁹ pero la misma centró el debate doctrinal en los diversos temas que se habían incorporado en la “agenda” de las reformas, aunque lógicamente, el examen de los mismos conllevó en ocasiones la

nales para la reforma constitucional...”, *cit.*, pp. 191 y ss. En todo caso cabe destacar que ya en 1991 la *Revista de Derecho Político* dedicó dos números monográficos a la reforma constitucional (núms. 36 y 37, 1992), en los que se abordaba la posible reforma de los diversos títulos de nuestro texto normativo fundamental. Posteriormente, fueron varias las publicaciones especializadas que han dedicado números monográficos al XXV Aniversario de la Constitución, en los cuales ha estado presente, de uno u otro modo, la cuestión de la reforma constitucional y los diversos aspectos que la misma podría abarcar. Entre otros, pueden citarse los números 69 (2003), 70 y 71 (2004) de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, o los números 58-59 (2003-2004) de la *Revista de Derecho Político*.

⁸ La doctrina se dedicó inmediatamente al análisis y comentario de estos aspectos de la reforma, existiendo ya al respecto no poca bibliografía de interés. Puede citarse el número monográfico dedicado a la anunciada reforma en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 8, 2004. Para un panorama general de la reforma y los cuatro temas propuestos, el trabajo de mi autoría publicado en dicho número con el título “Perspectivas de reforma de la Constitución española”. Posteriormente, cabe destacar las *XXVI Jornadas de estudio: la reforma constitucional. 27, 28 y 29 de octubre de 2004*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2005. Una vez emitido el informe del Consejo de Estado, su texto fue publicado acompañado de abundantes comentarios doctrinales, por Rubio Llorente, Francisco y Álvarez Junco, José (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, Madrid, Consejo de Estado-CEPC, 2006.

⁹ Quizá la mejor descripción y valoración de este proceso pueda encontrarse en el trabajo de Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

consideración de los preceptos y procedimientos del título X de la Constitución, sin excluir el tratamiento de otros temas vinculados a la reforma.¹⁰

En todo caso, y en líneas generales, podría decirse que la doctrina sobre la reforma constitucional ha pasado en España del análisis de los problemas de la teoría de la Constitución al de los aspectos que plantea la regulación contenida en el título X de nuestro texto normativo fundamental y, finalmente, ha abordado las cuestiones planteadas por los concretos temas cuya reforma se ha ido planteando por una u otra vía. En mi opinión, todos estos temas tienen una estrecha relación entre sí, de tal modo que, como se dijo al principio, el concepto de Constitución y su finalidad deben presidir al análisis de los problemas de la reforma constitucional, tanto los vinculados al análisis de la regulación constitucional de la reforma en un sistema constitucional determinado, como los relativos a las concretas iniciativas o propuestas de reforma constitucional. Esta visión es la que pretende presidir el análisis que se hace en las páginas siguientes, que trata de valorar el problema de la reforma constitucional en España desde la teoría de la Constitución.

2. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

En puridad, la rigidez constitucional y la supremacía de la Constitución son institutos diferentes e independientes. Dicho de otro modo, una Constitución flexible también puede ser norma suprema. Como varios autores han puesto de relieve, no es la rigidez sino la exigencia de que toda reforma sea expresa, lo que garantiza la supremacía de la Constitución, de modo que una Constitución flexible prevalece también sobre las leyes, aunque se pueda reformar igual que estas, siempre que la Constitución no pueda ser reformada por cualquier ley, sino por una específica ley de refor-

¹⁰ Recientemente podemos encontrar un muy interesante y completo estudio sobre la reforma constitucional en el constitucionalismo histórico español y en la Constitución de 1978: Vera Santos, José Manuel, *La reforma constitucional en España*, Madrid, La Ley, 2007.

ma constitucional.¹¹ En palabras de De Otto, “forma constitucional y rigidez constitucional son técnicas que obedecen a objetivos distintos”,¹² ya que la primera sirve a la identificación de las normas constitucionales y la segunda a su estabilidad. Por ello, una Constitución flexible, pero suprema, no podría ser reformada por cualquier ley ordinaria y en caso de contradicción se estaría produciendo una vulneración de la Constitución, salvo que se tratase de una específica ley de reforma. Como se ha destacado, “una cosa es violar la Constitución y otra reformarla”.¹³ La experiencia de la Constitución de Weimar, cuyo artículo 76 exigía una mayoría cualificada de 2/3 para la reforma constitucional, a pesar de lo cual fue implícita y continuamente alterada por las leyes que superaban esa mayoría, entendiéndose que tales alteraciones eran una reforma implícita y no una vulneración, pone de relieve hasta qué punto la formalización de la reforma puede llegar a ser más importante en la defensa constitucional que la misma rigidez.

Dicho lo anterior, lo cierto es que en el constitucionalismo actual, la rigidez se ha impuesto claramente frente a la flexibilidad, de modo que se ha podido señalar que “el establecimiento de un procedimiento especial de reforma para la normativa fundamental constituye un axioma del constitucionalismo contemporáneo”,¹⁴ o incluso, que la distinción clásica de James Bryce “no tiene hoy aplicación”, pudiendo hablarse más bien de “diversos grados de rigidez”.¹⁵ Y lo cierto es que esta rigidez, que hoy tiende a considerarse una característica esencial —o al menos casi universal— del concepto de Constitución, puede encontrar justificación precisamente en la necesidad de defender y ga-

¹¹ Véase en este sentido, con gran claridad, Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1988 (5ª reimp., 1997), pp. 62 y ss.; Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y Parlamento”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5, 2001, pp. 20 y ss.

¹² Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional...*, cit., p. 63.

¹³ Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y Parlamento...”, cit., p. 21.

¹⁴ Ferrando Badía, Juan, *Teoría de la...*, cit., p. 201. Este autor menciona como únicos ejemplos de constituciones flexibles los conocidos de Nueva Zelanda, Israel y, con algunos matices, el Reino Unido.

¹⁵ López Guerra, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 56.

rantizar determinados valores esenciales del constitucionalismo, como son la democracia, la separación de poderes y los derechos fundamentales.¹⁶

Por tanto, si bien la rigidez no es un instrumento imprescindible para asegurar la supremacía constitucional, hoy es un elemento absolutamente extendido en el constitucionalismo, que encuentra plena justificación en la defensa de la Constitución y de los valores esenciales del constitucionalismo.

Por esta razón, no para todos los preceptos constitucionales se encuentra esta misma justificación para dificultar su reforma. Y en algún sentido, según la mayor o menor proximidad de un precepto constitucional con los valores a los que me estoy refiriendo, podrá hablarse de una mayor o menor intensidad de la justificación para su rigidez. Quizá, en algunos casos, ello debería conllevar la eliminación en los textos constitucionales de aquellos preceptos manifiestamente desvinculados de aquellos valores que, por tanto, podrían —o mejor dicho, deberían— quedar en manos de las concretas mayorías parlamentarias. Pero a veces otras razones —históricas, políticas— más o menos coyunturales aconsejan introducir en el texto constitucional preceptos de esta naturaleza, aunque, teniendo en cuenta las particulares consecuencias de la rigidez, no debería ser esa la regla.

En todo caso, la idea de la intensidad creciente de la relación entre los valores esenciales del constitucionalismo y los concretos preceptos de un texto constitucional puede aconsejar el establecimiento de diferentes niveles de rigidez. Si habitualmente la doctrina¹⁷ suele apuntar entre los mecanismos de rigidez consti-

¹⁶ En palabras de Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional...*, cit., p. 61, “[l]a justificación no puede encontrarse más que en el propio orden de preferencias, esto es, en cuanto se justifique que el orden de preferencias es a su vez adecuado a la naturaleza del sistema”, encontrando que “[e]sta justificación democrática para la restricción de la democracia no es difícil de encontrar para aquellos preceptos constitucionales que contienen la fundamentación de la democracia misma y de los que los derechos fundamentales son el ejemplo más destacado”.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 176 y ss. Más recientemente, una clasificación amplia y clara puede verse

tucional las mayorías parlamentarias cualificadas, la disolución del Parlamento o el referéndum, la combinación de varios de estos mecanismos puede implicar el establecimiento de procedimientos particularmente rígidos, que acaso puedan aplicarse no a cualquier precepto constitucional, sino exclusivamente a aquellos que particularmente se relacionan de forma intensa con el principio democrático o los derechos.

Como es sabido, esta es precisamente la opción adoptada por el constituyente español de 1978. En efecto, como es sobradamente conocido, el artículo 168 equipara a la revisión total de la Constitución, la parcial que afecte al título preliminar, sección primera del capítulo segundo del título I, o al título II. Este precepto plantea no pocos interrogantes, entre ellos la propia ausencia de definición de lo que ha de entenderse por “revisión total”. Hay que tener en cuenta que si bien en algunos casos puede resultar claro que se lleva a cabo una reforma total de un texto constitucional, en otros casos la situación puede resultar más dudosa; el mismo concepto de revisión total es complejo y plantea algunas ambigüedades, pues puede referirse no tanto a una modificación de la globalidad del texto constitucional, sino de los valores esenciales del mismo. Ya Carl Schmitt, basándose en la distinción entre Constitución y ley constitucional, entendió que solo esta es susceptible de reforma, pues aquella contiene las decisiones políticas fundamentales del poder constituyente, y distinguió así la reforma constitucional de otras figuras afines.¹⁸ Hoy, para el caso de la Constitución española, algunos autores entienden que la revisión total no es posible a pesar del tenor literal del artículo 168 constitucional,¹⁹ mientras otros acusan a

también en Sánchez Ferriz, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 266 y ss.

¹⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 49 y ss., pp. 115 y ss. Schmitt distingue así el concepto de reforma de la Constitución de otros como destrucción de la Constitución —supresión de la Constitución y del poder constituyente—, supresión de la Constitución (se conserva el poder constituyente), quebrantamiento de la Constitución —violación de prescripciones legal-constitucionales para casos determinados— o suspensión de la Constitución —una o varias prescripciones legal-constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor—.

¹⁹ En este sentido, entre otros, Vera Santos, José Manuel, *La reforma...*, cit., p. 238.

este precepto de “indiferentismo axiológico”, precisamente por permitir la revisión total o la de cualquiera de los preceptos constitucionales.²⁰ Estas consideraciones nos llevan directamente al tema de los límites a la reforma, al que nos vamos a referir un poco más adelante.

Lo que ahora interesa destacar es que la Constitución de 1978, que es en todo caso un texto rígido desde el punto de vista de la reforma, estableció un procedimiento especialmente rígido o “superagravado” aplicable a la revisión total o a la que afecte a los títulos o secciones antes mencionados. La doctrina ha comentado ampliamente el sentido del artículo 168 y se ha pronunciado de forma crítica en relación con alguna de sus previsiones,²¹ y no procede en este lugar entrar en detalle en estos aspectos. Me limitaré, por tanto, a destacar algunas ideas de interés desde la perspectiva del presente trabajo:

1. Aunque ciertamente puede criticarse la excesiva rigidez de este procedimiento, el mismo no impide la reforma total o la de los bloques mencionados en el artículo 168. Se ha llegado a decir que “está materialmente destinado a hacer inviable la reforma total o la de aquellas partes de la Constitución especialmente protegidas”,²² pero esa afirmación, que desde luego no es exacta en sentido jurídico-formal —ni se formulaba en ese plano—, creo que tampoco es siempre cierta en sentido político-material, pues como se verá más adelante, existiendo voluntad política y acuerdo entre los dos partidos mayoritarios en España, la reforma por esta vía es factible a pesar de sus dificultades.²³

²⁰ En este sentido Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y...*, cit., pp. 158 y ss.

²¹ Pueden verse buena parte de las obras citadas en la bibliografía final del presente trabajo. En particular se recomienda Pérez Royo, Javier, *La reforma de la...*, cit., pp. 187 y ss.; Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y...*, cit., pp. 146 y ss. o, entre los trabajos más recientes, Vera Santos, José Manuel, *La reforma...*, cit., pp. 235 y ss.

²² Pérez Royo, Javier, *La reforma de la...*, cit., p. 187.

²³ Puede pensarse que el acuerdo entre los dos partidos mayoritarios solventaría el problema de la exigencia de mayorías cualificadas de dos tercios,

2. En relación con lo anterior, cabe rechazar que el procedimiento previsto en el artículo 168 equivalga a un límite material implícito a la reforma constitucional. Como se verá, no hay en mi opinión límites de este tipo en nuestro sistema constitucional.
3. Por la misma razón, el poder de revisión total *ex* artículo 168, o el que reforme alguno de los bloques especialmente protegidos, no puede equipararse al poder constituyente originario, pues aunque carezca de límites materiales explícitos, su mismo sometimiento a las previsiones constitucionales lo convierte en un poder constituyente constituido o derivado y, por tanto, en un poder de reforma, aunque sometido en tales casos a un procedimiento especialmente rígido. A este aspecto me referiré también un poco más adelante.
4. Se ha criticado reiteradamente, a mi juicio con acierto, la desacertada técnica con la que el artículo 168 protege especialmente determinados valores esenciales. En efecto, mientras otros textos constitucionales mencionan de forma sintética los preceptos que contienen dichos valores, o directamente los propios valores o principios que se protegen especialmente, el constituyente de 1978 —aunque parece claro que quiso proteger particularmente los fundamentos del sistema democrático y la forma política del Estado, que habitualmente son los elementos a los que se refieren las cláusulas de intangibilidad—²⁴ quiso referirse a la totalidad del título —o la sección, en el caso de los derechos fundamentales— en el que se ubican dichos principios y valores. Aunque, como se ha destacado, el artículo 168 no acoge ni explícita ni implícitamente una cláusula de intangibilidad, lo cierto es que parece inadecuado

pero no la de disolución de las cámaras y referéndum. Ello es cierto, pero tampoco cabe ignorar que la disolución no es problema tan grave si se hace coincidir la misma más o menos con el final de la legislatura, y el referéndum, a pesar de sus costes y dificultades, no es trámite políticamente tan complejo en los temas en los que hay acuerdo amplio entre los partidos políticos y en la sociedad.

²⁴ Así lo destaca, por ejemplo, Pérez Royo, Javier, *La reforma de la..., cit.*, p. 197.

cuada la extensión de la especial protección que dispensa a un conjunto tan amplio de preceptos, entre los que se incluyen no solo valores y principios fundamentales, sino aspectos o cuestiones mucho más técnicas o de trascendencia menor.

3. LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En sentido amplio, los límites a la reforma son consecuencia ineludible de la rigidez constitucional,²⁵ toda vez que el poder de reforma debe someterse a las prescripciones establecidas en la norma fundamental. Con todo, muchas veces estos límites son estrictamente procedimentales, implicando que la reforma deba llevarse a cabo necesariamente por las vías y siguiendo los mecanismos establecidos en la Constitución —mayorías cualificadas, referéndums, disolución de las cámaras...—.²⁶ A diferencia de estos límites, que podríamos denominar procedimentales o formales, los límites materiales en sentido estricto son una mera posibilidad desde el punto de vista de la teoría de la Constitución. Si entendemos por “límites materiales” las prohibiciones de reformar determinados preceptos o principios constitucionales

²⁵ Me he referido con más amplitud al tema de los límites a la reforma constitucional en Díaz Revorio, F. Javier, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw Hill, 1997, pp. 25 y ss., y sobre todo, de forma más actualizada, en *La “Constitución abierta” y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004, pp. 52 y ss. En las siguientes páginas me referiré exclusivamente a los aspectos de este tema relevantes de cara al desarrollo del presente trabajo.

²⁶ Desde luego, no cabe ignorar la relación entre límites procedimentales y límites materiales, así como el hecho de que en ocasiones un cierto reforzamiento de la rigidez cuando la reforma afecta a determinadas materias (que es lo que sucede en el art. 168 de la Constitución española) obedece a una finalidad material y, en cierto sentido, puede considerarse un límite material relativo aplicable a la modificación de dichos ámbitos materiales. En esta línea se sitúa, por ejemplo, Aláez Corral, Benito, *Los límites...*, *cit.*, *passim*. No obstante, y aun admitiendo el interés de este punto de vista, a efectos de este trabajo consideramos preferible la calificación como límites procedimentales de estos mecanismos de especial rigidez, aplicables a la revisión total o a la parcial que afecte a determinadas materias, en tanto en cuanto no impiden la reforma de dichas materias, sino que la someten a procedimientos específicos.

—o incluso aunque se incluyeran en esta categoría las especiales restricciones o rigideces para reformar determinadas materias—, una Constitución rígida puede o no establecer algún límite de este tipo, pues su eventual previsión es solo una cortapisa adicional a la reforma.

Por su parte, estos límites materiales pueden ser explícitos —las llamadas “cláusulas de intangibilidad” o “cláusulas pétreas”— o implícitos —también llamados tácitos—, si bien dentro de estos todavía suele distinguirse entre límites implícitos textuales o articulados, que derivarían de un precepto constitucional concreto, y límites tácitos o implícitos *stricto sensu*, que serían inmanentes al orden constitucional de valores.²⁷ Según algunas opiniones, siempre existirían límites implícitos o tácitos a la reforma, en tanto en cuanto los elementos esenciales o identificadores de un sistema constitucional determinado no podrían reformarse, ya que ello daría lugar a un cambio o supresión del propio sistema constitucional.

Aunque es relativamente frecuente en el derecho constitucional comparado la existencia de cláusulas de intangibilidad que expresamente prohíben la reforma de ciertos preceptos constitucionales o la alteración de algunos principios básicos del sistema, conviene reiterar que ello no es una consecuencia necesaria de la rigidez o un requisito imprescindible sobre el que descansa esta institución. No procede pronunciarse aquí sobre la conveniencia de este tipo de cláusulas,²⁸ que desde luego pueden ofrecer ventajas e inconvenientes. Entre las primeras cabe destacar la identificación y especial protección y defensa de los valores esenciales del sistema constitucional. Pero entre los problemas que suelen plantear cabe apuntar las dificultades políticas y jurídicas para petrificar el ordenamiento constitucional²⁹ y,

²⁷ Sigo en este punto la clasificación de Gomes Canotilho, Jose Joaquim, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, pp. 994-995. Este autor distingue también límites superiores e inferiores, y límites absolutos y relativos.

²⁸ Véase *La “Constitución abierta”...*, cit., pp. 55 y ss.

²⁹ Podría decirse que si ya hay dificultades en admitir que una generación pueda dificultar especialmente a las mayorías futuras la modificación del ordenamiento, mucho más complejo sería aceptar que una generación —en

sobre todo, el problema de su escasa eficacia. En efecto, además de que cabría argumentar teóricamente que estas cláusulas son aplicables al poder de revisión constitucional, pero no al poder constituyente, que es por definición ilimitado, desde el punto de vista práctico está el problema de que a la hora de proceder a la reforma —total o parcial—, no es infrecuente que se ignore la existencia de cláusulas de intangibilidad. Es evidente que muchas constituciones que contienen cláusulas de intangibilidad son revisadas y, en su caso, sustituidas por otros textos nuevos —mantengan o no los mismos valores esenciales— y, como es conocido, en el propio proceso constituyente español hubo que ignorar alguna previsión de este tipo contenida en las Leyes Fundamentales anteriores.

En cualquier caso, y como ya he apuntado, es claro que la Constitución española no contiene explícitamente ningún límite de este tipo. Sin embargo, la doctrina se ha pronunciado con frecuencia a favor del reconocimiento de límites implícitos a la reforma. En este sentido se ha apuntado, por ejemplo, que la inviolabilidad de los derechos reconocida en el artículo 10.1 de la norma fundamental sería un límite textual implícito a su reforma³⁰ o se han señalado otros principios que podrían actuar como límites implícitos, como la imposibilidad de suprimir la democracia,³¹ los valores superiores, la dignidad de la persona, la indisoluble unidad de la nación española, el Estado de derecho, democrático y social o el Estado autonómico, entre otros.³² Sin embargo, quienes apuntan la existencia de estos límites implícitos no siempre defienden la imposibilidad jurídica de su reforma, admitiendo en ocasiones la dudosa eficacia jurídica de los mismos³³ o su carác-

realidad, la mayoría de una generación— pueda definitiva y absolutamente bloquear el ordenamiento constitucional, imponiendo de forma absoluta preceptos o principios inalterables.

³⁰ Jiménez Campo, Javier, “Algunos problemas...”, *cit.*, pp. 95 y ss.

³¹ En este sentido Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional...*, *cit.*, p. 64, aunque como veremos apunta la dudosa eficacia jurídica de dicho límite.

³² Estos son, en esencia y como muestra, los límites materiales señalados por Aláez Corral, Benito, *Los límites...*, *cit.*, pp. 331 y ss., si bien los configura como límites relativos y no absolutos.

³³ Así Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional...*, *cit.*, p. 65.

ter relativo y no absoluto.³⁴ Otros autores representan posiciones mucho más matizadas³⁵ y algunos rechazan abiertamente la posible existencia de límites materiales implícitos.³⁶

En mi opinión, no existen en nuestro ordenamiento constitucional límites materiales implícitos de carácter jurídico. Con independencia de la mayor o menor oportunidad de las cláusulas de intangibilidad, lo cierto es que el poder constituyente no estableció ninguna previsión de este tipo en el articulado de la norma fundamental, debiendo considerarse que esta omisión fue deliberada.³⁷ Puede entenderse que si se hubiera querido imposibilitar jurídicamente la reforma de ciertos preceptos, se habría establecido expresamente. Y aunque ello no sería un argumento definitivo en contra de los límites implícitos —que por definición suponen ausencia de previsión explícita en el texto constitucional—, hay que considerar también que la Constitución ha previsto de forma expresa la posibilidad de revisión total (art. 168.1),

³⁴ En este sentido Aláez Corral, Benito, *Los límites...*, cit., pp. 328 y ss., 405 y ss.

³⁵ Por ejemplo, Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *La fallida reforma...*, cit., pp. 151 y ss., destaca los argumentos que le hacen cuestionar la existencia en nuestro sistema de límites materiales implícitos, y “tras reiterar las dudas sobre la virtualidad de esta categoría de límites en España, pero expresando la simpatía por aquellas opciones que los defienden, por su amplio fundamento jurídico” (p. 166), apunta finalmente los que podrían considerarse límites materiales. Por su parte Vera Santos, José Manuel, *La reforma...*, cit., pp. 238 y ss., aun cuando rechaza deducir del art. 168 una “cláusula de intangibilidad encubierta” con virtualidad jurídica, niega también la posibilidad de la reforma total de la Constitución.

³⁶ En este sentido, por ejemplo, Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 35, niega la posibilidad de límites implícitos, entendiendo que sería criticable sustraer la reforma de la Constitución a la voluntad popular. Por su parte, Hernández Valle, Rubén, *El poder constituyente derivado...*, cit., p. 154, rechaza la posible existencia de límites implícitos, con el argumento de que el Estado puede incluso acordar su propia extinción jurídicamente, de modo que con mayor razón podrá acordar la modificación radical de su ordenamiento supremo.

³⁷ Como destaca por ejemplo Vera Santos, José Manuel, *La reforma...*, cit., p. 267, el rechazo a las propuestas de inclusión de específicas cláusulas de intangibilidad obliga a entender que el constituyente quiso evitar esta técnica: “no es posible afirmar que se trata de un olvido del constituyente, porque la cuestión fue suficientemente debatida”.

que incluye la posibilidad de modificar todos y cada uno de sus artículos. Por lo demás, no parecen encontrarse argumentos jurídicos concluyentes para establecer posibles límites materiales a la reforma de carácter absoluto, y la misma superrigidez del procedimiento del artículo 168 puede entenderse en la línea de dificultar considerablemente la reforma para no impedirla. La variedad de propuestas de posibles límites implícitos (los valores superiores, todo el art. 1, los arts. 1 y 2, todo el título preliminar, el art. 10.1, todos los arts. que contienen derechos fundamentales y libertades públicas...) ³⁸ pone de relieve las dificultades existentes cuando se trata de concretar y precisar, con criterios jurídicos, cuáles serían esos eventuales límites materiales. En fin, la misma presencia de algunos de los valores que suelen apuntarse como eventuales límites jurídicos a la reforma, como la libertad y el pluralismo político, juega también en la línea de entender jurídicamente posible cualquier reforma constitucional, ya que como consecuencia de esos valores, puede entenderse que todas las opciones políticas son válidas en nuestro sistema y pueden defender sus propuestas, incluyendo en su caso las de reforma constitucional.

Dicho lo anterior, me parece que de la Constitución española no deriva un indiferentismo axiológico tal que cualquier reforma de la misma pueda merecer idéntica valoración. El constituyente ha dado pautas para establecer cuáles son los parámetros de legitimidad interna del ordenamiento constitucional, y las mismas pueden completarse con las aportaciones de la historia del constitucionalismo, partiendo de la finalidad garantista de la Constitución que se ha recalcado desde el principio de este trabajo. En efecto, ya se ha apuntado que la esencia del sentido garantista de la Constitución es la defensa del principio democrático, la separación de poderes y los derechos fundamentales. En el texto constitucional, el artículo 168, a pesar de su dudosa técnica, apunta a la especial defensa de los valores democráticos, los derechos y la forma y estructura del Estado —en este último ámbito se protege particularmente a la monarquía, aunque también los

³⁸ Véase, por ejemplo, el amplio elenco de preceptos que podrían constituir —aunque se apunte como hipótesis— límites materiales a la reforma de acuerdo con Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *La fallida...*, cit., pp. 166 y ss.

principios del modelo autonómico—. Al principio de este trabajo se ha hecho referencia a la finalidad garantista de la reforma, vinculada a un sentido igualmente garantista de la Constitución. Con este criterio pueden encontrarse las pautas para valorar materialmente la reforma: en mi opinión, el constituyente no ha querido impedir jurídicamente esta en ningún caso, pero ha ofrecido parámetros axiológicos para valorar una eventual reforma que contradiga determinados principios básicos.

En alguna medida, todos estos principios se condensan en los dos primeros artículos del texto constitucional, a los que hay que añadir el artículo 10.1, que actuarían así como criterios de identificación de los fundamentos de nuestro concreto ordenamiento constitucional. Sin embargo, dentro de estos criterios habría aún que distinguir entre los que, derivados de la historia del constitucionalismo, actúan como parámetros de legitimidad de cualquier sistema constitucional democrático y los que reflejan decisiones políticas fundamentales del titular del poder constituyente en 1978, pero que no necesariamente son valores compartidos por cualquier sistema constitucional. De este modo, podrían clasificarse los principios a los que aludí en:

1. Valores que determinan la legitimidad del sistema constitucional:
 - a. Valores superiores del artículo 1.1
 - b. Soberanía popular (art. 1.2)
 - c. Dignidad de la persona, derechos inviolables y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1)
2. Decisiones políticas fundamentales no estrictamente vinculadas a la legitimidad del sistema:
 - a. Monarquía parlamentaria (art. 1.3)
 - b. Unidad de la nación y principios del Estado autonómico (art. 2).

Me interesa destacar que, en mi opinión, la supresión o alteración radical de los primeros implicaría la ausencia de legitimidad democrática interna del ordenamiento constitucional resultante, cualquiera que fuera el procedimiento que diera acceso al mismo. En cambio, la supresión o alteración de los segundos supondría un cambio de sistema constitucional en España, pero no necesariamente la pérdida de legitimidad del sistema resultante.

En cualquier caso, conviene reiterar que estos parámetros no actúan, en mi opinión, como límites materiales implícitos a la reforma, al menos si se quiere dotar a esta expresión de un alcance jurídico. En efecto, jurídicamente es posible cualquier modificación del texto constitucional y la reforma resultante será válida y vinculante siempre que respete las prescripciones de los artículos 166 y siguientes. Los valores y principios antes enumerados son solo un parámetro que nos señala el cambio de sistema constitucional y, en su caso, la legitimidad interna del sistema resultante.

Cualquier reforma que afectase a los artículos mencionados sería jurídicamente aceptable. La reforma de esos preceptos no está impedida y no creo que nadie cuestionase la posibilidad de una reforma que afectase a dichos preceptos sin suponer una supresión o alteración sustancial de los valores que los mismos encierran (p. ej., no creo que plantease problema una reforma que pretendiese incorporar, entre los valores del art. 1.1, la paz o la solidaridad...). Obviamente, los supuestos que plantean dudas o problemas serían los que implican supresión de los valores mencionados o sustitución o añadido de otros opuestos o incompatibles con los mismos. En tales casos, en mi opinión, nos encontraríamos ante un cambio de régimen constitucional que si afectase a los valores antes mencionados en el apartado 1, determinaría la ilegitimidad interna del sistema resultante, por contradicción del mismo con los valores del constitucionalismo. Pero aun así, el texto constitucional resultante de la reforma —acaso ya solo Constitución en sentido jurídico-formal, pero no en el importante sentido garantista—, sería jurídicamente válido si se aprobó de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 168.³⁹ Y, en esta misma hipótesis, el poder capaz de reformar la actual Constitución y dotarse de una nueva sería un poder de revisión —y no un poder constituyente originario— si se sometió a esos cauces

³⁹ Ciertamente, en el caso de que la reforma afectase al art. 10.1 debería seguirse —por paradójico que parezca— el procedimiento previsto en el art. 167. Sin embargo, si hablamos de la supresión de los principios constitucionales y su sustitución por otros incompatibles o antitéticos, resulta difícil imaginar una reforma de este tipo que resultase compatible con los preceptos del título preliminar y de la sección primera del capítulo segundo del título I; y en caso de existir tal incompatibilidad sería necesario, desde luego, seguir el procedimiento del art. 168.

procedimentales, lo que nos conduce a llevar a cabo algunas consideraciones sobre la naturaleza de este poder.

4. LA CONFIGURACIÓN DEL PODER DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL

El poder de revisión constitucional no es el poder constituyente. El poder constituyente no está, en la teoría tradicional que deriva de la revolución francesa,⁴⁰ sometido a límite jurídico alguno —aun cuando a veces se han apuntado posibles límites suprapositivos o internacionales—.⁴¹ En cambio, el poder de revisión o de reforma constitucional, aun cuando puede modificar la norma fundamental, total o parcialmente, se somete por definición a las prescripciones procedimentales y —en su caso— materiales, establecidas en la Constitución anterior.⁴² El poder

⁴⁰ Es referencia insoslayable la obra de Sièyes, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Aguilar, 1973. También imprescindibles, aunque mucho más recientes, las consideraciones de Carl Schmitt sobre el poder constituyente en su *Teoría de la Constitución...*, *cit.*, pp. 93 y ss.

⁴¹ Desde diversos puntos de vista se han apuntado posibles límites al poder constituyente originario, que requieren de algún modo un fundamento iusnaturalista o de algún modo suprapositivo. Como ha señalado Sánchez Ferriz, Remedio, *Introducción...*, *cit.*, p. 272, “[e]l planteamiento lleva implícita la aceptación de un cierto iusnaturalismo”. En esta línea, los límites podrían incluso justificar la existencia de “normas constitucionales inconstitucionales”, sobre este aspecto, se recomienda el clásico trabajo de 1951, de Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra, 2008.

Más recientemente tienden apuntarse límites al poder constituyente derivados de la normativa internacional. No podemos profundizar en este aspecto, pero sí recomendar el interesante trabajo de Díez-Picazo Giménez, Luis María, “Límites internacionales al poder constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, pp. 9 y ss.

⁴² Sobre los límites del poder de reforma como poder constituido, entre tantos otros, es recomendable el trabajo de Ayres Britto, Carlos, “A reforma constitucional e sua intrasponível limitabilidade”, en García de Enterría, Eduardo y Clavero Arévalo, Manuel (dirs.), *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas-Fundación BBV, 1997, pp. 87 y ss., en especial pp. 90 y ss. Este autor defiende también la limitabilidad del órgano constituyente, en la línea apuntada en nota anterior.

de reforma o revisión suele denominarse “poder constituyente constituido” o “poder constituyente derivado”, dado que, es constituyente, en tanto que puede modificar el texto constitucional y sustituirlo por otro nuevo, pero también es derivado o constituido, ya que su legitimidad deriva del sometimiento a los preceptos sobre la reforma de la propia Constitución que va a modificar.⁴³

Estas ideas, por lo demás conocidas y muy comúnmente admitidas, ponen de relieve que lo que diferencia al poder constituyente originario y al derivado no es la posibilidad de aprobar un nuevo texto constitucional íntegramente diferente al anterior, sino el sometimiento —o la ausencia de este— a las normas que regulan la revisión constitucional. En consecuencia, la aprobación de un nuevo texto constitucional, incluso cuando obedezca a parámetros materiales y axiológicos radicalmente distintos al vigente, no implicará actuación del poder constituyente originario si se lleva a cabo de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución actual.⁴⁴

De hecho, y quizá salvando la dotación de la primera Constitución a un Estado —lo que suele denominarse “poder constituyente fundacional”—,⁴⁵ el poder constituyente originario implica siempre un quebrantamiento de las normas constitucionales sobre la reforma aplicables al caso y supone, por tanto, en definitiva, una actuación inconstitucional, que en estricta lógica debe conllevar la invalidez jurídica de la nueva Constitución. Ciertamente, en muchos casos la aplicación de la misma finalmente se impone *a posteriori* y se reconoce su carácter de norma vinculante y, desde luego, en algunos países como España resultaría difícil

⁴³ En esta línea, por ejemplo, Espín Templado, Eduardo, *Lecciones...*, *cit.*, pp. 80-81, Ferrando Badía, Juan, *Teoría de la...*, *cit.*, pp. 93 y ss., o Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la...*, *cit.*, pp. 275 y ss.

⁴⁴ Desde luego, la existencia de cláusulas de intangibilidad impediría probablemente que se diera tal hipótesis; o, en caso de producirse, determinaría la invalidez jurídica de la nueva Constitución —con independencia de que efectivamente se llegase a aplicar o no—. Pero a falta de límites materiales absolutos, la nueva Constitución es válida, si se aprueba siguiendo las previsiones de la anterior relativas a la reforma.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la...*, *cit.*, p. 275.

establecer —quizá con la excepción de la transición a la Constitución actualmente vigente de 1978— una cadena de continuidad que permita fundamentar la validez jurídica de cada Constitución en la anteriormente vigente. Pero nada de ello empaña en términos jurídicos la idea de la ruptura y consiguiente invalidez jurídica de origen de la nueva norma, desde la perspectiva de la Constitución vigente.

Y es que, en realidad, el poder constituyente originario no se puede explicar en términos jurídicos. Como ha señalado De Otto, la teoría del poder constituyente atribuido a la nación o al pueblo ni sirve para dar legitimidad a los procesos en los que tras una ruptura con el orden constitucional anterior se procede a elaborar democráticamente una nueva Constitución, ni tampoco alcanza a fundamentar la validez de la Constitución, su carácter jurídico o su fuerza vinculante, pues se llegaría a un resultado contrario al pretendido, dado que si es la soberanía del pueblo la que justifica la ilimitación del poder constituyente, la propia Constitución resultante tampoco limitaría al propio pueblo: “si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente”.⁴⁶ Por tanto, el propio concepto de poder constituyente se entiende en términos fácticos o políticos, pero no jurídicos.

Por esta razón resulta ilegítimo, desde la perspectiva jurídica, ampararse en la idea de poder constituyente para justificar la elaboración de una nueva Constitución saltándose las normas de procedimiento —y, en su caso, los límites materiales— establecidas en la Constitución vigente. Esta práctica, que por desgracia ha sido demasiado frecuente en la historia y sigue siendo conocida y utilizada hoy en algunos lugares, es jurídicamente inadmisibles.

En fin, todavía quedaría plantearse si, excluida la consideración jurídica del poder constituyente originario, el poder de reforma parcial y el de revisión total serían poderes distintos y, en su caso, si este último es legítimo y su actuación aceptable como válida desde la perspectiva propiamente jurídica. Desde luego, la respuesta a esta cuestión puede depender de las concretas previ-

⁴⁶ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional...*, cit., pp. 53 y ss. (la cita es de p. 55).

siones de una Constitución determinada. En todo caso, y a falta de previsiones expresas en sentido contrario, en mi opinión no hay fundamento para entender que cualitativamente se pueda hablar de poderes distintos en uno y otro caso, y menos aún para rechazar la validez jurídica de la revisión total. Y ello aunque a veces se usen términos distintos en uno y otro supuesto —así, a veces se ha hablado de “poder de reemplazo” para referirse al que procede al cambio total de la Constitución—,⁴⁷ y aunque en algunos sistemas la Constitución exige seguir un procedimiento distinto en la hipótesis de revisión total.

Aplicando estas ideas al caso de la Constitución española, se puede señalar que la misma permite la revisión total y, por tanto, no parece haber obstáculo jurídico para proceder a dicha revisión —aun cuando, como se ha dicho, la legitimidad interna del texto resultante pueda depender de su conformidad con determinados valores constitucionales—. El poder de reforma actúa legítimamente y el resultado de su labor es una Constitución jurídicamente válida, siempre que siga las pautas establecidas en el título X de la Constitución. Y a pesar de las notorias diferencias entre los procedimientos establecidos en los artículos 167 y 168, no parece existir fundamento para entender que en ambos casos actúen poderes diferentes. Hay, por tanto, un único poder de reforma o revisión constitucional, cuya actuación será legítima —y el resultado de la misma una nueva Constitución válida— siempre que se someta a las normas de procedimiento previstas en la actual norma fundamental. Y ello con independencia de que el mismo proceda a dotar al Estado de una nueva Constitución, aunque en tal caso, lo que hemos llamado “legitimidad interna” de la misma dependerá de su adecuación a los valores propios del constitucionalismo a los que antes nos referimos.

5. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN LA PRÁCTICA

Hasta ahora se ha analizado la regulación de la reforma en la Constitución española desde la perspectiva de la teoría de

⁴⁷ Por ejemplo, Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la..., cit.*, p. 276.

la Constitución y del sentido y finalidad garantista de la reforma constitucional. Creo que procede, antes de concluir, llevar a cabo algunas consideraciones sobre la práctica de la reforma constitucional en España. Solo una visión estrechamente jurídico-formal del derecho ignoraría las consideraciones de este tipo. Y, por lo demás, la práctica de la reforma en España, muy escasa en cuanto al número de modificaciones aprobadas, y con dudosas perspectivas en el futuro inmediato tras el reciente intento “fallido”, se muestra, sin embargo, rica en enseñanzas que quizá convenga tener en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas constitucionales. Dicho lo anterior, conviene aclarar inmediatamente que no se llevarán a cabo en este lugar eventuales consideraciones sobre la mayor o menor oportunidad o acierto de las reformas constitucionales propuestas⁴⁸ o de las que se pudieran proponer. Las mismas serían, desde luego, perfectamente legítimas, incluso desde la perspectiva de un jurista —de otro modo sería imposible justificar jurídicamente cualquier propuesta de reforma de una norma—, pero no son necesarias de cara al objetivo de este trabajo. Sin embargo, como ya he apuntado, sí pueden resultar más relevantes las enseñanzas de este proceso fallido de reforma, desde el punto de vista de lo que tienen de intento de aplicación práctica de la normativa constitucional sobre la reforma.

Como es perfectamente conocido, solamente una vez una reforma constitucional ha sido llevada a cabo con éxito en España. Fue en 1992 y se limitó a introducir las palabras “y pasivo” a continuación de “sufragio activo” en el artículo 13.2, con el sentido ya apuntado sintéticamente al inicio de este trabajo. Interesa destacar la celeridad con la que se llevó a cabo este proceso de reforma, exigido además por la declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, ya citada.

⁴⁸ Aun cuando fue en un trabajo anterior al informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional, me pronuncié sobre los cuatro temas de reforma propuestos en Díaz Revorio, F. Javier, “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, pp. 17 y ss. Los mejores trabajos publicados sobre estos temas siguen siendo, a mi juicio, los ya citados AA.VV., *XVI Jornadas de estudio...*, *cit.*, y Rubio Llorente, Francisco y Álvarez Junco, José, *El informe del Consejo de Estado...*, *cit.*

A partir de ahí, no ha habido ninguna otra reforma constitucional, a pesar de que en la VIII Legislatura se produjo formalmente una propuesta del Gobierno en el sentido descrito en el primer apartado de este texto, y que fue objeto de un amplio y fundamentado informe del Consejo de Estado. Sin embargo, alegando razones de falta de acuerdo político sobre el sentido y los términos de la reforma, la propuesta fue abandonada y, finalizada ya aquella legislatura, no ha vuelto a ser retomada al día de hoy.⁴⁹

Esta escasez de reformas constitucionales en España es particularmente sorprendente si se compara con la mayor parte de los sistemas constitucionales occidentales. Las constituciones de los países de Europa más próximos a España, que fueron aprobadas tras la Segunda Guerra Mundial, suelen contar sus reformas por decenas. Incluso la de Estados Unidos, muy breve y que suele ponerse como ejemplo de estabilidad, cuenta con 27 enmiendas, lo que supone una media aproximada de una cada ocho años. También en el constitucionalismo latinoamericano las reformas son mucho más frecuentes, incluso en sistemas de Constitución rígida y, en casos como el de México, las reformas se cuentan por centenares.

De las circunstancias que se acaban de apuntar sintéticamente pueden deducirse las siguientes consecuencias, que a mi juicio desmienten en parte algunas de las ideas más difundidas sobre la reforma constitucional en España:

1. El procedimiento ordinario de reforma constitucional del artículo 167 de la Constitución, aunque obviamente es rígido, no es en modo alguno un procedimiento tan difícil de seguir como a veces se sugiere. De hecho, con la configuración habitual de las dos cámaras parlamentarias, basta el acuerdo de las dos fuerzas políticas mayoritarias para aprobar la reforma y eludir incluso el referéndum, dado que nunca la tercera fuerza política alcanza el diez por ciento de diputados o senadores necesarios para que

⁴⁹ Sobre esta propuesta hay que volver a citar, por su amplitud y rigor, y porque sigue siendo la mejor fuente doctrinal para entender este proceso, el trabajo de Belda Pérez-Pedrero, Enrique, *La fallida reforma...*, cit., en concreto el cap. II, pp. 39 y ss.

la consulta popular se convoque. La propia experiencia de la reforma constitucional llevada a cabo en 1992, con incuestionable celeridad y casi durante unas “vacaciones” de verano, confirma esta idea.⁵⁰

2. Creo que cabe también reiterar la idea de que el procedimiento de reforma agravada del artículo 168 no es poco menos que imposible, como tantas veces se señala. Aunque en este caso no puede confirmarse esta afirmación con alguna experiencia concreta, como ya he apuntado con anterioridad, puede decirse que un acuerdo entre los dos partidos mayoritarios facilita enormemente esa reforma, quedando como únicos escollos el de la disolución de las cámaras —que no es tan insalvable si se viene a hacer coincidir con el final de una legislatura— y el referéndum, que en temas en los que hay acuerdo político y social debería ser, en principio fácilmente superable.
3. Como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta sobre todo el panorama del constitucionalismo comparado, creo que procede descartar la idea de la existencia de una relación biunívoca, directa y exclusiva entre rigidez constitucional y escasez de reformas. Obviamente, la rigidez es un mecanismo destinado a proteger la Constitución dificultando su reforma y, por tanto, es un factor que debería contribuir a la mayor estabilidad del texto constitucional; pero de ahí no cabe deducir que las constituciones más rígidas sean las que menos se reforman, pues en la práctica de la reforma confluyen muchos otros factores —mayor o menor tradición constitucional de reformas, voluntad política, sistema de partidos, estructura territorial del poder, mayor o menor facilidad de componer mayorías parlamentarias cualificadas, etc.— que, en conjunto, serán los que determinen la mayor o menor frecuencia de las reformas exitosas. Podríamos citar, entre otros, el ejemplo de México, cuya Constitución ha sido reformada varios cientos de veces a pesar de la rigidez propia del

⁵⁰ La declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, que señaló la incompatibilidad del tratado de Maastricht y la Constitución, es de 1 de julio de 1992; a partir de ahí se inició el procedimiento que culminó con la reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992 (BOE, de 28 de agosto).

procedimiento —que requiere aprobación por dos tercios del Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas de los estados—. ⁵¹

4. Aplicando la anterior idea al caso español, creo que no cabe achacar la tan notoria escasez de reformas al simple dato de la rigidez constitucional. Cuando ha habido sensación de verdadera necesidad de la reforma, previo acuerdo político entre las fuerzas mayoritarias, la reforma se ha llevado a cabo. Eso sucedió tanto en la misma aprobación de la Constitución en 1978 —que, como se sabe, fue en realidad una reforma total de las Leyes Fundamentales siguiendo el procedimiento prescrito en la Ley para la Reforma Política— como en la única reforma llevada a cabo en 1992. Como he dicho, no se trata de ocultar el hecho de la especial rigidez del procedimiento del artículo 168, pero sí de no ubicar en el mismo la única causa —ni acaso la principal— de que no se hayan llevado a cabo más reformas de la Constitución, a pesar de que es mayoritaria la idea de la conveniencia de algunas de ellas. Pero una cosa es conveniencia y otra necesidad, que es lo que se ha sentido cuando la Constitución efectivamente fue aprobada o reformada. En todo caso, creo que el problema de fondo es que a veces se confunde el texto constitucional con los valores democráticos y los derechos —que desde luego, están reconocidos en el mismo— y, de esta forma, a base de exagerar la idea de generar un necesario apego del pueblo por dichos valores y generar un conveniente “sentimiento constitucional” se ha terminado por “sacralizar” el texto normativo fundamental.
5. Desde esta perspectiva puede apuntarse alguna valoración, aunque sea necesariamente breve, de la propuesta de reforma constitucional llevada a cabo durante la VIII Legislatura y de los motivos por los que la misma no lle-

⁵¹ Es curioso que algunos artículos han sido reformados en reiteradas ocasiones, mientras algunos otros no lo fueron jamás. Acaso cabría intentar el ejercicio de comprobar si estos últimos permiten de alguna manera identificar la “esencia” del sistema constitucional mexicano, de modo que a pesar de tan numerosas reformas podríamos aún hoy reconocer la Constitución como “la misma” de 1917.

gó finalmente a aprobarse. Suele afirmarse que el motivo del fracaso fue la falta de acuerdo entre los partidos políticos mayoritarios sobre el contenido de la reforma. Creo que esta afirmación no puede aceptarse sin grandes matices. Entre los cuatro temas propuestos —sucesión a la Corona, Senado, Unión Europea y comunidades autónomas—, al menos sobre los tres primeros parece existir un acuerdo generalizado sobre la conveniencia de la reforma. Otra cosa son las prioridades que los partidos puedan establecer en cada coyuntura política. Si se analiza separadamente cada tema de reforma, se puede coincidir en que en la sucesión al trono —única reforma que, se considera de forma aislada, requería de forma indubitada el procedimiento agravado—, el acuerdo entre los partidos mayoritarios existía básicamente tanto en la necesidad de la reforma como en el sentido de la misma, de modo que solo la falta de voluntad política real explica el abandono de la misma.⁵² En cuanto a la referencia a la Unión Europea, parece que también había acuerdo sobre la conveniencia, aunque aquí se abrían más posibilidades o alternativas de reforma. Y otro tanto cabe decir respecto del Senado: todos coincidían en que el actual diseño constitucional no es acorde con lo que cabe esperar de una cámara territorial en un Estado descentralizado, pero es más difícil acordar un diseño común del nuevo Senado. Con todo, para estos dos temas cabría decir que, así como el acuerdo en el *qué* suele ser requisito para iniciar cualquier reforma que requiera mayorías superiores a las del partido que apoya al Gobierno, el acuerdo en el *cómo* no tiene porqué ser —ni suele ser— un punto de partida, sino de llegada. Por tanto, en estos temas cabría achacar el abandono de la reforma a la falta el interés. Por último, acaso en lo relativo a las comunidades autónomas, un aspecto aparentemente inocuo que estuvo por convertirse

⁵² Y acaso también la ausencia de necesidad y urgencia reales, toda vez que, a pesar de los debates sobre el tema surgido con motivo de los dos embarazos de la princesa de Asturias, en realidad estaba claro que jurídicamente la reforma es posible en cualquier momento posterior —otra cosa es la conveniencia política de haberla llevado a cabo ya—.

finalmente en inicuo, y cuya vinculación con las reformas estatutarias que se estaban llevando a cabo en la misma legislatura resultaba insoslayable,⁵³ es que la falta de acuerdo sobre la misma decisión de la reforma era más evidente, y la preocupación o el temor de algunos por iniciar un proceso cuyo resultado podía resultar incierto, terminó por frustrar la reforma de este tema... y acaso las de todos los demás. Por tanto, en mi opinión, no fue la falta de acuerdo —existente en algunos casos, susceptible de ser encontrado en otros—, sino la falta de voluntad política y de interés en unos casos, unida a la preocupación por la incertidumbre del resultado en otros y, sobre todo, al innecesario deseo de vincular todas las reformas, lo que frustró, a mi juicio, la interesante propuesta de reforma de la VIII Legislatura. A tales circunstancias cabe añadir tal vez que la conveniencia sentida por casi todos no llegó a alcanzar los términos de necesidad o urgencia política y social que obligan en otras oportunidades a finalizar las reformas constitucionales.

Las anteriores reflexiones podrían utilizarse también de cara a valorar las posibles perspectivas de reforma constitucional existentes en la actualidad. La conveniencia de las reformas propuestas en su día —y acaso de algunas otras más— sigue existiendo tanto o más que en el momento de la propuesta. Pero el interés y la voluntad política parecen hoy del todo inexistentes, de modo que el tema de la reforma constitucional parece haber salido de la agenda política. Quizá el fracaso de la propuesta de la VIII Legislatura haga hoy aún más lejana la posibilidad de una reforma constitucional. A mi juicio, ello no es positivo, pues la finalidad garantista de la reforma constitucional, a la que me he referido en este trabajo, incluye en realidad la posibilidad de adaptación de la Constitución a las nuevas circunstancias, lo que, sin perjuicio de la existencia de otras vías, en ocasiones requiere la reforma cons-

⁵³ Sobre este tema, véase por todos el trabajo de Ortega Álvarez, Luis, *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005. Más específicamente sobre la reforma de los Estatutos de Autonomía, Viciano Pastor, Roberto, *Constitución y reforma de los Estatutos de Autonomía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

titucional. Porque estabilidad no puede implicar petrificación ni la rigidez puede suponer inmodificabilidad. Al contrario, la reforma está en la lógica de la rigidez constitucional,⁵⁴ y la finalidad garantista de la misma puede requerir que, manteniendo siempre los valores o principios esenciales del constitucionalismo, el texto constitucional deba modificarse para perfeccionar la regulación de los poderes del Estado, los derechos fundamentales o el ejercicio del principio democrático.

6. CONCLUSIONES

La consideración de la reforma constitucional debe hacerse desde la teoría de la Constitución y se relaciona directamente con el concepto de Constitución que se defienda. Aquí se ha considerado la Constitución como norma jurídica suprema, pero sin ignorar la finalidad garantista de la misma en cuanto límite al poder que tiende a preservar los derechos fundamentales, la separación de poderes y el principio democrático. En coherencia con ello, la reforma —más aún que la rigidez constitucional— se entiende como un mecanismo de garantía de la supremacía constitucional, pero también de los valores a los que la Constitución sirve, permitiendo al tiempo la modificación de su texto normativo.

Con estas premisas puede valorarse la regulación de la reforma en la Constitución española. La misma ha acudido a la rigidez como mecanismo para asegurar la estabilidad constitucional y prevenir el exceso de reformas constitucionales, pero ha recurrido a un procedimiento desmesuradamente rígido (el previsto en el art. 168) para el caso de la revisión total o de las que afecten a determinados bloques de preceptos constitucionales. La técnica parece desacertada, pues la especial protección se ha extendido a preceptos, incluidos en los mismos títulos o secciones, que contienen regulaciones muy secundarias; pero refleja el intento del constituyente de identificar los valores esenciales del sistema constitucional y las decisiones políticas fundamentales, que en definitiva podrían reconducirse a los primeros artículos

⁵⁴ Véanse en este sentido las consideraciones de Vera Santos, José Manuel, *La reforma...*, cit., pp. 296-299, en particular 298.

del texto constitucional —Estado de derecho, valores superiores, soberanía popular, monarquía parlamentaria, unidad de la nación y Estado autonómico, dignidad de la persona y derechos fundamentales...—.

Sin embargo, de esta identificación de los valores esenciales del sistema —entre los que, a su vez, cabe distinguir los valores comunes al constitucionalismo y las decisiones políticas específicas del constituyente de 1978— no se ha querido hacer derivar ningún límite material absoluto a la reforma con alcance jurídico. De este modo, cualquier reforma que contradiga dichos valores supondría un cambio de sistema constitucional y podría resultar ilegítima desde el punto de vista material, al menos en caso de contradicción con los valores a cuya garantía tiende el constitucionalismo; pero no por ello carecería de validez jurídica, si se ha llevado a cabo de acuerdo con las prescripciones constitucionales. Por la misma razón, el poder de revisión constitucional actuaría válidamente con el mero sometimiento a las prescripciones del título X de la Constitución; pero aun cuando procediera a un cambio radical del texto constitucional, no puede confundirse con el poder constituyente originario, cuya actuación supone, por definición, ruptura con toda norma constitucional anterior y, por tanto, la invalidez jurídica de origen.

La Constitución española ha querido así permitir jurídicamente cualquier tipo de reforma, si bien dificultando la misma, hasta un extremo muy notorio en los casos del artículo 168. Sin embargo, no parece que la regulación constitucional pretendiera tener como consecuencia un uso de la reforma tan escaso como el que en la práctica se ha producido. Una sola reforma exitosa —y además relativamente de detalle— en más de 30 años es un ejemplo absolutamente insólito en el derecho constitucional comparado. Ello es aún más llamativo si tenemos en cuenta que ha habido una propuesta concreta en la VIII Legislatura, que sin embargo quedó abandonada. En mi opinión, la inactuación del poder de revisión constitucional no obedece ni única ni principalmente a la rigidez constitucional, aunque esta es notoria en algunos acasos. Y ni siquiera a la falta de acuerdo, pues este existía en algunos temas —el menos en lo relativo a la conveniencia de reformar—, y en otros podría haberse alcanzado. Más bien han sido la falta de voluntad política, el desinterés y la incertidumbre

sobre el resultado y las consecuencias políticas de algunas de las reformas propuestas, unidas a la ausencia de una sensación de necesidad urgente de la reforma, los factores que a mi juicio han frustrado hasta hoy las perspectivas de una reforma constitucional que, en muchos aspectos, la mayoría considera conveniente.

De este modo, en la práctica se ha roto el equilibrio entre estabilidad y posibilidad de adaptación que el texto constitucional trataba de buscar (aunque ciertamente con un mayor énfasis en la preservación y defensa de determinados principios en el caso de las materias mencionadas en el art. 168), a favor de una permanencia que raya ya en la intangibilidad. Y ello no es bueno, porque la finalidad garantista a la que sirve la institución de la reforma requiere no solo la estabilidad de los valores del constitucionalismo y de los que identifican un orden constitucional determinado, sino también la posibilidad de adecuar el texto constitucional a las cambiantes circunstancias políticas y sociales. Porque tan frágil es un ordenamiento constitucional inestable y sometido a permanente reforma como uno que, por inmodificabilidad práctica de sus preceptos e imposibilidad de un mayor desarrollo interpretativo de los mismos, esté sometido a un muy elevado riesgo de mutación e incluso de quebrantamiento constitucional. Porque si el sentido garantista de la reforma implicase la intangibilidad de los preceptos constitucionales, la reforma simplemente no existiría o estaría prohibida.

En este contexto, no cabe sino sumarme a las posiciones doctrinales que reclaman una reforma constitucional en España. Reforma que, a mi juicio, debe ser: *a)* amplia, por el número de preceptos y materias que debe abarcar, debiendo seguramente superar los ámbitos de la anterior propuesta; *b)* reflexiva y meditada, por la necesidad de un amplio debate sobre la misma —que en cierta medida se ha iniciado ya en los últimos años y, en este sentido, el valor del informe del Consejo de Estado me parece incuestionable como referencia futura—, y por supuesto, *c)* fundamentada en el más amplio consenso en su resultado, de modo que incluya en todo caso a los dos partidos mayoritarios como consecuencia de las mismas prescripciones constitucionales, aunque sea deseable un apoyo político aún más amplio. Ahora bien, dicha reforma no debe abandonarse —o dejar de emprenderse— porque no haya acuerdo total en los planteamientos y

propuestas, pues como se ha dicho, el consenso en el *cómo* debe ser el resultado y no necesariamente el punto de partida, momento en el que basta un acuerdo básico en el *qué*.

Puede que hoy en día no se sienta una necesidad de reforma como la existente en 1978 —y, con otros parámetros, en 1992—. Pero si, según casi todos, la reforma *conviene y es posible* —como se ha tratado de demostrar, con voluntad política y acuerdo entre los dos partidos mayoritarios pueden superarse todas las rigideces de nuestro ordenamiento constitucional—, ¿por qué no debería emprenderse?

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 8, 2004, monográfico sobre la reforma de la Constitución.
- Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución de 1978*, Madrid, BOE-CEPC, 2000.
- Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- , “La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994.
- Ayres Britto, Carlos, “A reforma constitucional e sua intrasponível limitabilidade”, en García de Enterría, Eduardo y Clavero Arévalo, Manuel (dirs.), *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas-Fundación BBV, 1997.
- Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra, 2008.
- Belda Pérez-Pedrero, Enrique, “Materiales doctrinales para la reforma constitucional en España”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 8, 2004.
- , *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.
- Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, CEC, 1988.

- Contreras, Manuel, “Sobre el título X de la Constitución española: de la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw Hill, 1997.
- , *La “Constitución abierta” y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004.
- , “El valor histórico de la Constitución”, en Díaz Revorio, F. Javier (comp.), *Textos constitucionales históricos*, Lima, Palestra, 2004.
- , “Perspectivas de reforma de la Constitución española”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 8, 2004.
- Díez-Picazo Giménez, Luis María, “Límites internacionales al poder constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006.
- Espín Templado, Eduardo, *Lecciones de derecho político*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- Ferrando Badía, Juan, *Teoría de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- García-Atance, María Victoria, “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.
- Gomes Canotilho, Jose Joaquim, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.
- Hernández Valle, Rubén, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, 1993.
- Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Madrid, CEC, 1991.
- Jiménez Campo, Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., reimp., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1982.

- López Aguilar, Juan Fernando, “Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992.
- , “La reforma de la Constitución: opciones constitucionales ante la ratificación de los Acuerdos de Maastricht”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.
- López Guerra, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- Mangas Martín, Araceli, “La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución: una reforma constitucional innecesaria”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 44, 1992.
- Ortega Álvarez, Luis, *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.
- Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., 5ª reimp., Barcelona, Ariel, 1997.
- Pérez Royo, Javier, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- , “Algunas reflexiones sobre el título X de la Constitución”, en *Revista de Política Comparada*, núms. 10-11, 1994.
- Pérez Tremps, Pablo, *Constitución española y Comunidad europea*, Madrid, Civitas, 1994.
- , “El alcance jurídico y político de la primera reforma constitucional en España”, en AA.VV., *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Valencia, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 2000.
- Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y Parlamento”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5, 2001.
- Rallo Lombarte, Artemi, “El Tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros en España”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.
- Rubio Llorente, Francisco, “Sobre la conveniencia de terminar la Constitución”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 25, 1992.
- y Álvarez Junco, José (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, Madrid, Consejo de Estado-CEPC, 2006.

- Ruipérez Alamillo, Javier, “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 75, 1992.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- Sánchez Ferriz, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 1993.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, reimp., trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Universidad, 1992.
- Sièyes, Emmanuel Joseph, *¿Qué es el tercer Estado?*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Aguilar, 1973.
- Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- Vera Santos, José Manuel, *La reforma constitucional en España*, Madrid, La Ley, 2007.
- Viciano Pastor, Roberto, *Constitución y reforma de los Estatutos de Autonomía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Reflexiones sobre los diversos “niveles constitucionales” en Europa (comentario a la declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, de 13 de diciembre)

1. INTRODUCCIÓN

El 13 de diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional emitió una declaración sobre la conformidad entre la Constitución española (CE) y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCE). Esta declaración, que es la segunda emitida en esta vía por el Tribunal Constitucional en toda su historia (tras la declaración 1/1992, de 1 de julio), fue emitida en respuesta al requerimiento del gobierno realizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Constitución y 78.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y concluyó afirmando que no existe contradicción entre la CE y el TCE y que el artículo 93 de nuestra norma fundamental es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado a dicho Tratado.

El mencionado requerimiento del Gobierno fue formulado en virtud de acuerdo adoptado en la reunión del Consejo de Ministros de 5 de noviembre de 2004, poco después de que el Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de octubre (en cumplimiento de la consulta formulada el 30 de septiembre, e incluso fechas antes de la propia firma del Tratado, en Roma, el 29 de octubre), señalara la conveniencia de que, con carácter previo a la ratificación del Tratado, el Gobierno hiciera uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución, para que el Tribunal Cons-

titucional declarase la existencia o no de dicha contradicción entre ambos textos. Es de destacar el escrupuloso cumplimiento de los plazos legales en el seno de este procedimiento, incluso llama la atención la inusual celeridad con que el mismo fue tramitado y resuelto. El 8 de noviembre, tres días después del acuerdo del Consejo de Ministros, el Tribunal acordó por providencia tener por recibido el requerimiento, al tiempo que emplazaba a gobierno, Congreso y Senado para que dentro del término máximo de un mes (art. 78.2 LOTC) expresaran su opinión fundada sobre la cuestión. Con fecha 18 de noviembre, el presidente del Senado comunicó la renuncia del órgano que preside a expresar dicha opinión fundada; al día siguiente hicieron lo propio el presidente del Congreso y el abogado del Estado en nombre del Gobierno. Como ya se ha indicado, el 13 de diciembre, holgadamente dentro del plazo del mencionado artículo 78.2 LOTC, el Tribunal emitió su declaración vinculante.

Conviene tener en cuenta que en esta fecha el Gobierno ya había anunciado la convocatoria de un referéndum consultivo previo a la ratificación del Tratado, a celebrar el 20 de febrero de 2005¹ (referéndum formalmente convocado por real decreto 5/2005, de 14 de enero), siendo de este modo España el primer Estado de la Unión en aprobar por esta vía la ratificación de la Constitución europea. Por otro lado, el propio Gobierno había anunciado desde el mismo discurso de investidura del presidente su intención de iniciar un proceso de reforma de la Constitución española en varios aspectos, entre ellos, el relativo a la previsión o mención constitucional expresa del proceso de construcción europea —lo que previsiblemente incluiría el “engarce” en nuestro sistema constitucional de fuentes de los tratados de la Unión—,² si bien los trámites de este proceso de reforma dilata-

¹ Posteriormente, como es sabido, el referéndum consultivo se celebró efectivamente el 20 de febrero con un resultado favorable a la ratificación, y esta fue autorizada por ley orgánica 1/2005, de 20 de mayo. En síntesis, los resultados del referéndum fueron: 41.77% de votantes (de los cuales, 99.14% fueron votos válidos); votos afirmativos, 11 057 563 (76.96%); votos negativos, 2 453 002 (17.07%); votos blancos, 856 664 (5.96%).

² Incluso quizá con la mención expresa de la Constitución europea, según se desprende del discurso de investidura del actual presidente del Gobierno,

rían presumiblemente el mismo a lo largo de toda la legislatura, y como mínimo cabía presumir razonablemente que se retrasarían bastante más que el proceso de ratificación del Tratado de la Constitución europea.

Con los datos anteriores no se pretende apuntar que en dichas circunstancias se halle la clave para entender la declaración del Tribunal Constitucional sometida a comentario en estas páginas ni que los factores políticos pesaran más o menos en la decisión del supremo intérprete de la Constitución. Antes bien, el presente trabajo pretende realizar un breve análisis de la cuestión esencial que dicha declaración plantea, desde la perspectiva jurídico-constitucional. Pero no parece adecuado que el jurista desconozca o ignore las circunstancias que rodearon a la resolución del Tribunal Constitucional sometida a su examen. Sin que las aludidas circunstancias permitan explicar o justificar la decisión del Tribunal Constitucional, lo cierto es que no conviene ignorar que una decisión que hubiese declarado la incompatibilidad del TCE con la norma fundamental habría podido tener consecuencias importantes de cara al sometimiento del mismo a referéndum. Ciertamente, estas consecuencias serían inexistentes en el plano jurídico, dado que el carácter vinculante de la declaración no hubiera implicado la imposibilidad de someter el Tratado a referéndum en la fecha prevista —el referéndum era solo consultivo y ni siquiera necesario jurídicamente para esa ratificación posterior—, sino solamente la imposibilidad de ratificarlo antes de la reforma constitucional; pero sí habrían sido significativas en el plano político, pues de haberse mantenido la fecha prevista para el referéndum,³ este se habría celebrado sin duda en relación con un texto declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, sin que hubiera tiempo material de reformar la Constitución española para solventar esa incompatibilidad⁴

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 2, 15 de abril de 2004, pp. 18-19.

³ En todo caso, hay que tener en cuenta que siempre habría existido además la posibilidad de retrasar esa fecha dentro de las previsiones y plazos del propio TCE, pues el referéndum aún no estaba formalmente convocado.

⁴ A mayor abundamiento, si se hubiera declarado la incompatibilidad con el art. 9.1 de la Constitución española, que es el precepto en el que principal-

—hay que considerar la práctica imposibilidad de concluir un proceso de reforma constitucional en el breve espacio de tiempo que medió entre la declaración del Tribunal Constitucional, el 13 de diciembre, y la fecha del referéndum, el 20 de febrero de 2005—.

Reiterando que todas estas consideraciones no se exponen para explicar la decisión en examen, parece conveniente tenerlas en cuenta como “contexto” o “telón de fondo” de la declaración 1/2004. En todo caso, en lo que sigue intentaré realizar un breve análisis jurídico del mismo, rodeado además de no pocas restricciones o limitaciones. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la declaración pone de relieve no pocos problemas o cuestiones esenciales desde la perspectiva del derecho constitucional, desde el propio significado y naturaleza del procedimiento de control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las decisiones adoptadas por el Tribunal en el mismo, hasta el papel de las declaraciones de derechos europeas —en concreto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales—, pasando por la posición del derecho de la Unión —y, en particular, del futuro Tratado de la Constitución europea— en nuestro sistema de fuentes. En este comentario nos centraremos en el último tema, y aun este es lo suficientemente amplio y complejo como para que el intento de abordarlo en plenitud resulte excesivo en un escrito de estas características, de modo que habré de limitarme a apuntar algunas reflexiones generales sobre las cuestiones más relevantes del mismo. En segundo lugar, si bien existe significativa e interesante bibliografía sobre la cuestión de fondo relativa a la posición del derecho de la Unión en el sistema de fuentes, es menor la específica sobre las peculiaridades del TCE desde esta perspectiva, y en el momento de escribir estas líneas, es prácticamente inexistente la relativa a la reciente declaración objeto del comentario que, con estos condicionamientos, procedemos a continuación a desarrollar.

mente se incardina el principio de supremacía de esta, el procedimiento de reforma de esta habría de ser el agravado.

2. JERARQUÍA Y COMPETENCIA
EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL:
EL CASO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La Constitución española de 1978 supuso un importante cambio en el sistema de fuentes, no solo por la introducción de nuevos instrumentos normativos o por la modificación del significado y posición de otros, sino también por la incorporación de nuevos criterios para la ordenación y distribución de las fuentes jurídico-formales.

Desde esta perspectiva, hay que destacar que junto al tradicional principio de jerarquía, expreso en el artículo 9.3 de la norma fundamental —y que permite distinguir diversas fuentes formales según su rango, de manera que las de rango superior prevalecen sobre las de rango inferior en caso de conflicto—, aparece, en lo que aquí interesa destacar, el principio de competencia. Este no aparece expresamente mencionado en la norma fundamental, pero parece pacífica la idea de que puede deducirse de la misma (entre otros, arts. 81 y 149.1). En virtud del mismo, se matiza la regla general entre normas del mismo rango, según la cual la posterior deroga a la anterior y prevalece sobre ella, de tal manera que en los supuestos en que existen diversos ámbitos materiales o competenciales dentro del mismo rango normativo, prevalecerá, en caso de conflicto, la norma que se sitúe dentro del ámbito competencial propio, dentro del cual desplazará a la norma que regula ámbitos materiales externos a sus límites competenciales. Este desplazamiento no implica siempre ni necesariamente la invalidez de la norma desplazada, sino que podría conllevar simplemente la inaplicación de la misma en ciertos supuestos.⁵ Este principio de competencia permite resolver, por ejemplo, y de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, los conflictos entre leyes orgánicas y leyes ordinarias, o los que se produzcan entre leyes estatales y leyes autonómicas.⁶

⁵ O incluso la pérdida del especial carácter, fuerza o rigidez concedidos a una norma en función de su ámbito competencial material, como sucede en el caso de las leyes orgánicas que regulan materias diferentes a las propias de su reserva competencial.

⁶ En este último supuesto podrían establecerse matices, en particular en los casos en que el reparto competencial se base en el esquema bases-desarro-

Con estos criterios, partiendo de la Constitución, de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina mayoritaria, y aunque quedan aún no pocas incertidumbres, parece que pueden afirmarse algunos principios constitucionales básicos sobre el sistema de fuentes:

1. En primer lugar, las fuentes están ordenadas en principio de acuerdo con un criterio jerárquico, siendo la primera de todas ellas la propia Constitución. Este principio se denomina supremacía de la Constitución y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, afirmando que aunque el mismo no se proclama expresamente en la norma suprema, deriva del enunciado de varios de sus preceptos, como los artículos 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental⁷ —en particular, parece que el art. 9.1 sería el principal fundamento de la supremacía constitucional, que deriva además del propio carácter o condición de la “norma suprema”—.
2. A la Constitución se someten todas las demás normas, de acuerdo con su rango. Entre normas del mismo rango será aplicable, cuando el mismo derive de la propia norma suprema, el principio de competencia, y en su defecto —o entre normas dentro del mismo rango y ámbito competencial—, prevalecerá la norma posterior sobre la anterior. En este sentido, y dentro del “rango de ley” pueden distinguirse, al menos, los ámbitos competenciales propios de las leyes orgánicas, leyes ordinarias,⁸ leyes

llo, en los que la legislación básica viene a actuar, en definitiva, como parámetro de constitucionalidad de la legislación autonómica de desarrollo. Sobre esta cuestión, en cualquier caso, no procede entrar en el presente trabajo. Tampoco sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las llamadas “materias conexas”, sobre todo en sus primeras sentencias sobre la cuestión, en relación con las leyes orgánicas.

⁷ Entre otras, puede verse la propia declaración 1/2004, de 13 de diciembre, que reitera en esto la anterior declaración 1/1992, de 1 de julio.

⁸ Dejamos de lado a estos efectos las peculiaridades de los decretos legislativos —cuyo ámbito competencial material coincide con el de las leyes ordinarias—, y de los decretos-leyes, que tienen un ámbito material más restringido que el propio de las leyes ordinarias.

autonómicas, y reglamentos parlamentarios, debiendo señalarse también, entre las primeras, el ámbito y las peculiaridades propias de los estatutos de autonomía.

Sin embargo, como antes apuntábamos, existen también no pocas incertidumbres o dudas derivadas de la ordenación constitucional del sistema de fuentes. Ahora solo nos interesa destacar, entre ellas, la relativa a los tratados internacionales y a su posición en el sistema de fuentes. Al respecto, la Constitución señala (art. 96.1) que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, añadiendo que “sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”. Por su parte, el artículo 95 prevé el control previo de la constitucionalidad de los tratados y exige la previa revisión constitucional para la celebración de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución.

Con estas premisas, el Tribunal Constitucional, antes de la declaración que ahora comentamos, se había limitado a señalar que la supremacía de la Constitución opera también frente a los tratados internacionales.⁹ Por su parte, la doctrina se divide a la hora de valorar la posición y el papel de los tratados internacionales en nuestro sistema constitucional de fuentes. Desde la perspectiva del derecho internacional se proclama la superioridad de este sobre los derechos internos y su prevalencia en caso de conflicto.¹⁰ Pero incluso desde la perspectiva constitucional española que ahora nos ocupa, la doctrina no es pacífica a la hora

⁹ Así, por ejemplo, declaración 1/1992, de 1 de julio, FJ 1.

¹⁰ La misma suele fundamentarse, aparte de en la propia naturaleza del derecho internacional y en otros preceptos que forman parte del mismo, en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que proclama que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Por lo demás, como es sabido, las doctrinas clásicas se dividen en las “dualistas”, que parten de que ambos ordenamientos tienen fuentes distintas y defienden que el derecho internacional no tendrá valor en el derecho interno sin un específico acto de incorporación, y las “monistas”, que parten de la unidad de ambos ordenamientos.

de ubicar el derecho internacional dentro del sistema de fuentes. Según una cierta perspectiva, la propia redacción del artículo 95 CE permitiría entender que los tratados internacionales prevalecen sobre la propia Constitución, pues aparentemente es esta la que ha de reformarse, en caso de conflicto, para adaptarse al tratado internacional. Pero la mayoría de la doctrina y, como se ha visto, la jurisprudencia constitucional, es terminante a la hora de proclamar la superioridad de la Constitución sobre los tratados internacionales. Ahora bien, a partir de esta premisa, son diversas las posturas que se han mantenido sobre su posición en el ordenamiento jurídico. Para algunos, los tratados prevalecen jerárquicamente sobre cualquier otra norma del derecho interno, incluidas las leyes, mientras que desde otras posiciones se viene a defender una relación entre tratado y ley basada en un principio de competencia, según la cual no se trata de que los tratados internacionales sean superiores jerárquicamente a la ley, sino que la CE permite que ciertas materias sean objeto de regulación por los tratados, y solo cuando esa regulación se produce, y solo en ese ámbito material limitado, los tratados se aplican con prioridad sobre las leyes, dejando de hacerlo en los demás supuestos o cuando el tratado resulta derogado o deja de estar en vigor. Pero en cualquier caso, en los supuestos de conflicto prevalecería el tratado sobre la ley.

En mi opinión —y asumiendo el riesgo de sintetizar en unas líneas mis ideas básicas sobre una cuestión de enorme complejidad—, de nuestro sistema constitucional se derivan algunas líneas importantes para poder ubicar los tratados internacionales en el sistema de fuentes:

1. Parece fuera de toda duda que la CE prevalece sobre los tratados internacionales y tiene superior rango jerárquico a estos. Ya se ha indicado que la supremacía de la Constitución deriva de su propia naturaleza y de varios artículos expresos de la misma. Por lo demás, esta es obra del poder constituyente, que es el pueblo español, único soberano, de manera que todos los demás poderes son derivados de este y todas las demás normas aparecen como derivadas de la Constitución. Por lo demás, la específica superioridad de la CE sobre los tratados internacionales deriva del propio artículo 95 de esta, que correctamente interpreta-

do significa que no se puede ratificar un tratado contrario a la Constitución; y si así sucediera (porque no se utilizara la vía prevista en el art. 95.2 o la misma no conllevara declaración de inconstitucionalidad), el mismo sería susceptible de ser declarado inconstitucional por la vía del control posterior. El mero hecho de que los tratados internacionales estén sometidos a control de constitucionalidad pone de relieve que para la norma fundamental, los tratados tienen un rango inferior a ella misma.

2. Sin embargo, es preciso reconocer las peculiaridades jurídicas de los tratados internacionales. Estos no solo pertenecen al ordenamiento interno —tras su publicación—, sino que también forman parte del derecho internacional, ordenamiento que tiene como condición esencial su necesaria prevalencia sobre los ordenamientos de los Estados, y que está basado en el principio expreso de que los derechos internos no permiten a los Estados eximirse de sus compromisos internacionales. Estos principios, obvio es decirlo, pueden crear conflictos y dificultades de articulación entre los tratados internacionales y el derecho interno. La Constitución española, aun estableciendo claramente su superioridad sobre los tratados internacionales, es consciente de las dificultades aludidas y trata de articular alguna respuesta a las mismas. Creo que en este sentido puede entenderse el control previo previsto en el artículo 95 de la CE: ya que la Constitución prevalece indudablemente sobre los tratados internacionales, pero estos generan obligaciones para el Estado en el plano internacional, de las cuales no puede eximirse apuntando argumentos de derecho interno —ni siquiera constitucionales—, el precepto mencionado busca una fórmula que permita señalar preventivamente una eventual contradicción entre la norma suprema y un tratado, permitiendo al Estado, en caso de existencia de tal contradicción, optar entre la no ratificación del tratado y la reforma constitucional.
3. Quedaría analizar la relación entre los tratados y las restantes normas del derecho interno. Ciertamente, y te-

niendo en cuenta las mencionadas peculiaridades de los tratados internacionales, resulta difícil aplicar a esta relación sin matices los principios de jerarquía y competencia en los que se basa el sistema constitucional de fuentes. Pero es incuestionable la especial rigidez de los tratados internacionales frente a cualquier norma interna. En este sentido, el artículo 96.1 de la CE reconoce que las disposiciones de los tratados “solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”. Ello supone que ninguna ley estatal posterior podrá modificar lo dispuesto en un tratado. En cambio, si un tratado modifica o altera lo dispuesto en una ley estatal anterior, debe prevalecer sobre esta. Hay que tener en cuenta que el propio artículo 94.1.e prevé expresamente la posibilidad de tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley, estableciendo únicamente el requisito —común a los tratados que regulen determinadas materias— de la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado. Por lo demás, la Constitución no establece ningún límite material a los tratados, que pueden, por tanto, entrar a regular cualquier materia o competencia, aunque estén reservadas a la ley, distinguiendo únicamente tres procedimientos internos distintos para su aprobación (arts. 93, 94.1 y 94.2) en función de las cuestiones que regulen.¹¹ Por ello, el principio de competencia no parece idóneo para explicar las relaciones entre tratado y ley, ya que no existen ámbitos materiales diferenciados para ambas normas, con lo cual el conflicto entre ellas debe resolverse por otros criterios, según los cuales el tratado puede derogar a la ley y prevalece siempre en su aplicación ante esta, pero no a la inversa. Por tanto, creo que puede afirmarse que los tratados internacionales prevalecen sobre cualquier otra norma interna.

¹¹ En todo caso, es importante recordar que los diversos procedimientos previstos en la Constitución no implican diferencia alguna en cuanto al rango o posición de los tratados aprobados de acuerdo con cada uno de ellos, de manera que todos los tratados ocupan idéntica posición en el sistema de fuentes.

3. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y EL SISTEMA DE FUENTES: LA PERSPECTIVA EUROPEA Y LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

Con las anteriores premisas es posible ya entrar a analizar el problema de las relaciones entre el derecho interno y el derecho de la Unión Europea y, en particular, las relaciones entre la Constitución española y la Constitución europea. En primer lugar, hay que recordar que la Unión Europea se funda y fundamenta en un conjunto de normas a las que se ha dado en denominar “derecho originario”, y que son tratados internacionales entre los Estados miembros. Por tanto, son aplicables a los mismos las consideraciones realizadas hasta ahora.

Dichos tratados serán sustituidos por la nueva Constitución europea cuando esta entre en vigor —en caso de que efectivamente llegue a hacerlo—. Sobre la naturaleza de esta se ha discutido ya bastante, pero a los efectos de su posición en el sistema de fuentes, no deja de ser un tratado internacional, acordado por los Estados miembros, que han de ratificarlo.¹² Desde la perspec-

¹² No procede en el contexto de este trabajo entrar a analizar exhaustivamente esta compleja cuestión. Solo cabe apuntar que, a mi juicio, estamos ante una norma que formalmente es un tratado, tanto desde la propia perspectiva internacional de los Estados que la firman y han de ratificarla como desde la óptica del derecho constitucional español, según el cual estaríamos ante un tratado sometido a la Constitución, cuya ratificación requiere previa autorización mediante ley orgánica según el artículo 93, dado que supone atribución a una organización internacional del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución —lo que no implica que ello le permita incluir estipulaciones contrarias a esta, como luego veremos—. Sin embargo, este tratado incluye, desde la perspectiva material, los contenidos que son propios de un texto constitucional: principios fundamentales de la Unión, derechos fundamentales, organización de los poderes, regulación de las fuentes. Cuestión más dudosa es si su aprobación se ha producido por obra de un auténtico poder constituyente democrático, desde la perspectiva de la teoría constitucional. En este sentido, no parece que pueda siquiera hablarse de un “pueblo europeo” susceptible de actuar de forma unitaria como titular de ese poder constituyente, sino que el mismo radica en realidad en los Estados miembros, sin perjuicio de que en el procedimiento de ratificación de cada uno de estos intervengan los respectivos “pueblos”, directamente a través de referéndum, o mediante sus representantes parlamentarios. Desde esta perspectiva, la Constitución aparece

tiva del sistema constitucional español, se trataría de un tratado encuadrable en el artículo 93 de la norma fundamental, en cuanto atribuye a una organización o institución internacional competencias derivadas de la propia Constitución. Ello implica la necesaria autorización previa mediante ley orgánica, pero no supone ninguna peculiaridad en cuanto a su rango o posición en el sistema de fuentes. Desde esta óptica, son aplicables las consideraciones anteriores sobre su relación con la Constitución española, a la que aparece sometido en virtud del principio de supremacía de esta.

Con todo, no es posible ignorar las peculiaridades evidentes de la Unión Europea y de su derecho. Se trata de una organización que puede ejercer competencias derivadas de la Constitución española (art. 93) y con capacidad para aprobar normas jurídicas de obligado cumplimiento. Estas, además de los propios tratados que forman parte del llamado “derecho originario”, están caracterizadas por los principios de efecto directo y primacía, tal y como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad, desde la sentencia *Costa-ENEL*, de 15 de julio de 1964.¹³ Este principio de primacía es el que ahora viene

como una norma basada en el derecho internacional, que permite fundar una Unión de Estados. Pero tanto la propia Unión fundada como la norma en que la misma se basa aparecen como derivadas respecto a los Estados soberanos que ejercen el poder constituyente, y las constituciones propias de estos, respectivamente. Sin embargo, una vez que entre en vigor esa norma “constitucional” basada en el derecho internacional, prevalece sobre las normas de los Estados, incluidas sus constituciones. De ahí las dificultades de articulación existentes en muchos Estados. Con todo, y sin ignorar las evidentes peculiaridades que hacen que este proceso sea único, conviene recordar que muchas federaciones históricas han tenido un origen en cierto sentido similar: la federación se funda en una norma basada en los criterios del derecho internacional y aprobada según los procedimientos de este —y que aparece por tanto como derivada respecto a las constituciones de los Estados miembros—, pero desde su propia entrada en vigor esa norma prevalece sobre las propias constituciones de los Estados, apareciendo como la norma fundamental y suprema del ordenamiento.

¹³ Posteriormente, dicho principio se ha reiterado en las ya “clásicas” sentencias *Simmenthal*, de 28 de junio de 1978, o *Comisión contra Italia*, de 24 de marzo de 1988. Por su parte, el principio de efecto directo ya había sido establecido con anterioridad en la sentencia *Vand Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963.

a establecerse en el artículo I-6 TCE, que afirma: “La Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el derecho de los Estados miembros”.

Nos encontramos, por tanto, ante una contradicción, al menos aparente y de difícil solución, dependiendo de cuál sea la perspectiva utilizada. Desde el punto de vista del sistema español, la Constitución es la norma suprema y prevalece, por tanto, en todo caso, frente a cualesquiera otras, incluyendo las normas del derecho de la Unión. Entre estas, el llamado “derecho originario” —y ahora en concreto la nueva Constitución europea— está compuesto de tratados internacionales sometidos a la Constitución española y susceptibles de control de constitucionalidad, previo o posterior. En cambio, desde la perspectiva del derecho europeo, es este el que prevalece, en el ámbito de competencias de la Unión, sobre todos los derechos nacionales, sin que al parecer puedan exceptuarse las constituciones de los Estados miembros.

Esta problemática contradicción, que ya se había puesto de manifiesto, resulta ahora de ineludible e inaplazable solución, toda vez que el principio de primacía del derecho de la Unión viene a establecerse expresamente en la Constitución de esta. El problema del conflicto entre el derecho de la Unión y el de los Estados miembros, que parece haber encontrado soluciones más o menos razonables respecto a las legislaciones de los Estados, parece mucho más complejo cuando se trata de un conflicto entre la normativa europea y las constituciones de los Estados miembros, y muy en particular entre estas y la Constitución europea, que explícitamente proclama su primacía en todo caso, y la del resto del derecho europeo en el ámbito competencial de la Unión. Mientras que algunos Estados ya habían reformado sus propias constituciones para hacer frente a esta compleja situación y dar encaje al derecho comunitario en sus sistemas jurídicos, respetando la primacía de aquel, la Constitución española sigue basándose en su propia supremacía sin matices y sin hacer siquiera referencia expresa a la Unión Europea y su ordenamiento. Por eso aquí se ha tenido que terminar planteando ante el Tribunal Constitucional el conflicto entre ambas “normas supremas” en toda su crudeza. Y el supremo intérprete de nuestra Constitución, en la declaración que venimos comentando, ha tratado de

dar una respuesta armónica a la cuestión de qué Constitución prevalecerá en caso de conflicto.

4. LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la referida declaración, el Tribunal concluye que no existe contradicción entre la Constitución europea y la española. En síntesis, dos son los pilares fundamentales que sustentan esa afirmación:

1. la primacía del derecho de la Unión, establecida en la Constitución europea, no significa lo mismo que la supremacía de la CE, y es compatible con esta, y
2. el artículo 93 de la CE fundamenta el reconocimiento en el sistema español de dicha primacía en el ámbito de las competencias de la Unión, que son en definitiva las “competencias derivadas de la Constitución” que dicho artículo 93 permita atribuir a una organización internacional.

En mi muy humilde opinión, ambos “pilares” de la fundamentación son endeble desde la perspectiva de la Constitución española y constituyen un palmario abandono de la jurisprudencia anterior que el Tribunal había mantenido en esta cuestión. Trataré de exponerlo con más detalle.

4.1. La distinción entre “primacía” y “supremacía”

Al analizar el posible conflicto entre el artículo I-6 del TCE y el principio de supremacía de la CE (derivado este, como ya se ha dicho, de los arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, entre otros), el Tribunal Constitucional realiza, en el fundamento jurídico 4 de la declaración que venimos comentando, las siguientes consideraciones:

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; esta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por

ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra declaración 1/1992, FJ 1), *salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación*. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93...” (las cursivas son mías)

A continuación, el Tribunal Constitucional dedica unos párrafos a justificar que el principio de primacía, tal y como se había construido jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, formaba ya parte del acervo comunitario cuando España se incorporó a las instituciones europeas en 1986, y había sido además reconocido por el propio Tribunal Constitucional en toda una serie de sentencias anteriores, desde 1991.

Antes de comentar los razonamientos utilizados por el Tribunal para analizar el significado del principio de primacía, conviene detenerse brevemente en este último aspecto. Porque a mi juicio, frente a esta última afirmación pueden formularse dos objeciones:

- a) En primer lugar, aun cuando se admita que el principio de primacía formaba parte del acervo comunitario, y como tal fue incorporado al derecho español una vez que España se adhirió a los tratados de la Comunidad en virtud del procedimiento del artículo 93 de la CE, eso no implicaría, en sí mismo, que dicho principio no pudiera colisionar con dicha norma fundamental. El hecho de que el derecho comunitario se incorporase en bloque a nuestro ordenamiento no lo convierte automáticamente en conforme a nuestra Constitución, pues el mismo es por defi-

nición susceptible de control de constitucionalidad y, en consecuencia, de ser declarado inconstitucional. Sucede simplemente que la cuestión de la posible colisión de ese principio con nuestra Constitución no se había planteado, lo que es comprensible teniendo en cuenta además que la formulación del principio era fundamentalmente obra jurisprudencial. En este sentido, la incorporación del principio a la Constitución europea no es irrelevante, pues le dota del rango propio de esta y le da una firmeza y seguridad jurídica superior a la existente anteriormente.

- b) Pero además, las referencias del Tribunal Constitucional a su jurisprudencia anterior que reconocía expresamente la primacía del derecho comunitario no pueden ocultar que las anteriores sentencias del Tribunal, pese a reconocer el principio de primacía del derecho comunitario, en ningún caso habían afirmado la primacía de este sobre la CE, y más bien, buena parte de las decisiones anteriores que expresamente cita el Tribunal vienen a apuntar precisamente la supremacía de la CE sobre la normativa europea, como pone de relieve el voto particular de Javier Delgado Barrio, admitiendo incluso la posibilidad de un control, en vía de amparo, de los actos de aplicación del derecho comunitario.¹⁴ La única vez en que el Tri-

¹⁴ En concreto, el Tribunal Constitucional cita las siguientes sentencias previas: a) STC 28/1991, de 14 de febrero, que si bien afirma que España se halla vinculada, desde su integración, al derecho de las comunidades europeas, tal vinculación “[n]o significa que por mor del artículo 93 se haya dotado a las normas del derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales”; b) STC 64/1991, de 22 de marzo, que sin embargo apunta que “[L]a tarea de garantizar la recta aplicación del derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues una cuestión de carácter *infraconstitucional*...”, y más adelante añade que “[e]n la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva de el ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que este tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución. [...]”; c) STC 130/1995, de 11 de septiembre, que se limita a reconocer genéricamente el efecto directo y la primacía del derecho comunitario; d) STC 120/1998, de 15 de junio,

bunal Constitucional se había encontrado con una contradicción entre el “derecho originario” de la Unión y la Constitución española, la resolvió afirmando obviamente la supremacía de esta y su prevalencia sobre el Tratado de la Unión, en la ya reiterada declaración 1/1992. Y por lo demás, la cuestión de si la primacía del derecho europeo se produce también sobre la Constitución española nunca se le había planteado al Tribunal, aunque en cualquier caso, las sentencias que él mismo cita en apoyo de su fundamentación en la declaración de 2004 que ahora se comenta más bien presuponen el carácter infraconstitucional del derecho comunitario.

Por tanto, se trataba de la primera oportunidad que tenía el Tribunal Constitucional para pronunciarse directamente sobre si la primacía del derecho de la Unión se produce también sobre la CE. Y el Tribunal, como se ha indicado, trata de resolver la cuestión armonizando el principio de primacía con la supremacía de la norma fundamental española, ubicando esta en el terreno de la jerarquía y el principio de primacía en el ámbito de la aplicación de las normas dentro de un ámbito competencial —lo que viene a mi juicio a aproximarle al principio de competencia—. De tal manera que la supremacía constitucional implica superioridad

que se limita a reiterar la primacía del derecho comunitario y a extraer como consecuencia que “[u]na norma del derecho comunitario, originaria o derivada, en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si esta exige para su complemento que tenga rango legal”; e) en fin, la STC 58/2004, de 19 de abril, recoge la jurisprudencia anterior y, tras afirmar que “[e]l Tratado de la Comunidad Europea —y concretamente, en este caso, su art. 234— forma parte del Ordenamiento interno”, añade que “[e]n principio la tarea de garantizar la recta aplicación del derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional”, añadiendo que “[L]o anteriormente expuesto no inhabilita a este Tribunal, sin embargo, para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Por tanto, aunque el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradas veces el principio de primacía y efecto directo del derecho comunitario, nunca ha proclamado que esa primacía se produzca respecto a la Constitución, y más bien, en varias ocasiones, ha apuntado el carácter infraconstitucional de ese derecho.

jerárquica sobre cualquier otra norma, mientras que la primacía del derecho europeo solo supone capacidad de desplazar la aplicación de cualquier norma, dentro del ámbito competencial propio de la Unión, y esta no es incompatible con la supremacía constitucional, ya que viene a estar indirectamente admitida por la norma fundamental española en su artículo 93.

Sin embargo, me parece que esta argumentación ofrece también algunos flancos a la crítica:

1. En primer lugar, parece que el Tribunal intenta equiparar supremacía-invalidez de normas inferiores desde una perspectiva basada en el principio de jerarquía, por un lado, y primacía-inaplicación, desde una óptica implícitamente basada en los diferentes ámbitos competenciales de las normas. Pero la distinción entre invalidez e inaplicación no se corresponde necesariamente con la que existe entre supremacía y primacía o entre jerarquía y competencia. En mi criterio, la distinción entre invalidez e inaplicación tiene más que ver con el modelo de control de normas que se utilice y, así, partiendo de un principio de jerarquía puede llegarse a una conclusión de invalidez o de inaplicación de las normas inferiores contrarias a las superiores y, en particular, de las normas inconstitucionales. En efecto, mientras que en los sistemas de control concentrado la declaración de inconstitucionalidad de las normas suele conllevar su invalidez y su nulidad con efectos *erga omnes*, en los que están basados en el modelo de control difuso, el conflicto entre una norma inconstitucional y la norma suprema se resuelve habitualmente con la inaplicación de aquella en el caso concreto, que no implica nulidad con efectos generales. Lo que sucede es que la relación entre el derecho de la Unión y los de los Estados miembros no se basa en la idea de la invalidez de las normas de los Estados miembros —incluidas sus constituciones— que contradigan la normativa de la Unión, sino en la simple inaplicación de esas normas al caso concreto, en los supuestos de conflicto con el derecho europeo. Con todas las peculiaridades que se quieran apuntar, y sin perjuicio del planteamiento de la cuestión prejudicial en los términos previstos en el tratado, diríase

que existe un control difuso de la adecuación de los ordenamientos estatales al derecho de la Unión, que se lleva a cabo mediante la inaplicación de aquellos en los casos en que así proceda. Pero este sistema no excluye la superior jerarquía del derecho de la Unión y, desde luego, presupone la prevalencia de este frente a los estatales, en todo caso del TCE, y del resto del derecho europeo dentro del ámbito competencial de la Unión.

2. La reducción de la primacía del derecho europeo al ámbito de competencias de la Unión, si bien deriva del propio artículo I-6 TCE, no deja de plantear sus propias dificultades:
 - 2.1. Por un lado, y a pesar del principio de subsidiariedad y de otros límites, las competencias de la Unión pueden tener una tendencia expansiva difícilmente evitable.
 - 2.2. En todo caso, la delimitación de esas competencias no deja de ser una cuestión problemática y dudosa en muchos supuestos. La solución apuntada por el Tribunal Constitucional tiene, como efecto práctico, la consecuencia de dejar en manos de todos los jueces y tribunales ordinarios la interpretación respecto a cuándo una norma europea se sitúa dentro del ámbito competencial de la Unión, pues a pesar de la existencia de la cuestión prejudicial y de la cuestión de inconstitucionalidad, en los conflictos entre el derecho originario europeo y la Constitución española, dependerá de esa interpretación el que se utilice una u otra vía.
 - 2.3. Por lo demás, el principio de limitación de la primacía al ámbito competencial de la Unión no es aplicable a la Constitución europea. El propio artículo I-6 del TCE, como hemos visto, al afirmar el principio de prevalencia, se refiere a “la Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta”. Esta dicción da a entender que la limitación competencial es aplicable al resto del derecho de la Unión, ya que la Constitución europea prevalece en todo caso. Ello es lógico, porque los ámbitos compe-

tenciales dentro de los cuales es aplicable la primacía del derecho europeo vienen delimitados precisamente en esa Constitución, que se convierte en una norma de ámbito material prácticamente ilimitado, ya que no hay ninguna otra norma, española o europea, que delimite el ámbito competencial propio del “derecho constitucional europeo”.¹⁵ Además, esa extensión del ámbito competencial de la Constitución europea es un hecho, por cuanto esta ha recogido en la práctica la totalidad de los contenidos que pueden considerarse propios de una Constitución y que, en buena medida, coinciden con los de la Constitución española, existiendo ámbitos en los que el “solapamiento” o la coincidencia de contenidos es evidente, como es el relativo a los derechos fundamentales, aunque exista aquí una expresa limitación del ámbito de aplicación del TCE.¹⁶ En suma, en lo que se refiere a la Constitución europea, es prácticamente imposible la aplicación de la limitación del principio de primacía al ámbito competencial de la Unión.

Por ello, podría decirse que en caso de conflicto entre la Constitución europea y la española, desde la perspectiva de la primera es ella la que prevalece, mientras que desde la perspectiva de la Constitución española, la misma aparece como superior a la europea, cuyo rango es el de un tratado internacional.

3. En fin, sí parece cierto que la única manera de “exceptuar” el principio de supremacía de la Constitución espa-

¹⁵ Salvando, si se quiere seguir la interpretación del Tribunal Constitucional, que la Constitución europea ha de respetar los únicos límites de la no privación de la soberanía del Estado y la no vulneración de los principios y valores esenciales de la CE.

¹⁶ Me refiero a las prevenciones de los arts. II-111 del TCE, aspecto en cuyo detalle no podemos ahora entrar, pero que no parecen resolver de una vez cualquier posible conflicto con la CE en este punto, como admite el propio Tribunal Constitucional. Cabe apuntar simplemente que, cuando apliquen el derecho de la Unión, las instituciones españolas estarán vinculadas, en materia de derechos fundamentales, tanto por la CE como por el TCE.

ñola es la previsión de esa limitación en la propia norma suprema del Estado español. En este sentido, coincidiría con la argumentación del Tribunal Constitucional, pero a mi juicio esa previsión debería ser expresa y cierta, y no parece claro que el artículo 93 de la CE cumpla esos requisitos ni sea precepto apto para permitir exceptuar ese principio de supremacía de la Constitución. Lo que me conduce al punto siguiente, que es, a mi juicio, el otro gran “pilar débil” de la argumentación del supremo intérprete de la CE.

4.2. El alcance y significado del artículo 93 de la Constitución española

Con independencia del sentido que se dé al principio de primacía del derecho de la Unión, lo cierto es que este supone una excepción al principio de supremacía de la Constitución española. En efecto, la supremacía de la Constitución implica una superioridad jerárquica que no admite en modo alguno ni la nulidad, ni la inaplicación ni el desplazamiento de sus artículos por otra norma, ya sea porque esta se considerase jerárquicamente superior, ya porque se entienda que esa otra norma es de aplicación prevalente dentro de un ámbito material. Cualquier posible excepción a este principio solo podría admitirse si es la propia Constitución la que la prevé. Como ya hemos visto, el propio Tribunal Constitucional reconoce que la supremacía implica en principio también primacía, salvo que la misma norma suprema prevea su propio desplazamiento o inaplicación, que es lo que hace a su juicio el artículo 93 de la CE.

Este precepto y su interpretación se convierten así en el otro aspecto nuclear de la cuestión, y sobre el mismo centra buena parte de su argumentación el Tribunal, así como los votos particulares. Al respecto, el Tribunal señala que “el artículo 93 se concibió como el medio constitucional de nuestra integración en las comunidades europeas” y, recordando lo ya afirmado en la declaración 1/1992, añade que “dicho precepto no incorpora un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el título X de la Constitución Espa-

ñola. Pero sí es el cauce previsto por la Constitución para transferir o atribuir a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la misma, modulándose así, por tanto, como reconocimos en aquella declaración, el ámbito de aplicación y ordenación del ejercicio de las competencias cedidas”. A continuación, el Tribunal apunta que el artículo 93 es el soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el español, de manera que la cesión del ejercicio de competencias y la consiguiente integración del derecho comunitario imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado. Pero lo más llamativo son las líneas dedicadas a señalar cuáles son, a su vez, los límites de esa cesión:

Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis.¹⁷

En síntesis, el Tribunal considera que el artículo 93 de la Constitución es cauce adecuado para establecer límites a la soberanía y al propio principio de supremacía constitucional a través de la integración de otros ordenamientos, pero señala que esos límites tienen a su vez el límite del respeto a la propia soberanía del Estado y a los principios y valores fundamentales de la Constitución. A continuación, el Tribunal comprueba que el derecho de la Unión se fundamenta en similares valores y principios que nuestro sistema constitucional, ya que aquel se construye sobre los valores comunes de las constituciones de los Estados miembros y sus tradiciones constitucionales, y que la Constitución europea es además respetuosa con la soberanía de los Estados, pues siempre está abierto el procedimiento de “retirada voluntaria” del ar-

¹⁷ Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2.

título I-60 del Tratado, de tal manera que “las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución”.¹⁸

Pero este razonamiento es, en mi modesto criterio, susceptible de algunas críticas:

1. En primer lugar, lo afirmado en esta sentencia constituye un flagrante abandono de la jurisprudencia establecida en la anterior declaración 1/1992, que fue la primera emitida por esta vía y aparentemente había sentado las bases constitucionales para interpretar el artículo 93 de la norma suprema española. Este abandono se produce sin que el Tribunal lo reconozca o justifique expresamente, limitándose a apuntar que la declaración 1/1992 “se situaba en unas coordenadas precisas [...], siendo en esas coordenadas en las que debe entenderse el alcance de algunos de los contenidos de dicha Declaración a la hora de emitir la actual...”. Conviene recordar, en todo caso, las ideas fundamentales contenidas en aquella declaración:

El art. 93 permite atribuciones o cesiones para “el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” y su actualización comportará —ha comportado ya— una determinada limitación o restricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (limitación de “derechos soberanos”, en expresión del Tribunal de Justicia de las Comunidades, caso *Costa vs. ENEL*, sentencia de 15 de julio de 1964).

[...]

Por lo demás, tampoco el art. 93 de la Constitución se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la “reforma implícita o tácita” constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del Tratado, de los imperativos constitucionales.

[...]

¹⁸ *Ibidem*, FJ 3.

Que lo primero es como queda dicho no requiere ahora argumentación muy prolija, pues el tenor literal y el sentido mismo del art. 95.1, aplicable a todo tipo de tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de las cuales pueden ser cedidas *quoad exercitium*, en virtud de lo dispuesto en su art. 93.

[...]

En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X.¹⁹

En suma, el Tribunal Constitucional dijo en 1992 que el artículo 93 constitucional permite atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución española, lo que desde luego supone un límite a la soberanía del Estado, pero las normas derivadas de esa atribución tienen a su vez, como límite, el propio texto constitucional español. En diciembre de 2004, en cambio, el Tribunal incide en que el artículo 93 permite integrar otros ordenamientos en el nacional, y señala como único límite de esos ordenamientos el respeto a la soberanía y a los valores y principios fundamentales de la Constitución española. Hay un enorme salto cualitativo entre una y otra decisión: si para la primera, el límite constitucional del derecho comunitario es todo el texto de la norma fundamental —salvo en lo que se refiere al ejercicio de competencias, que se pueden atribuir a la Unión—, para la segunda, dicho límite está constituido solo por la soberanía del Estado —que puede verse limitada, pero no desaparecer— y los valores y principios fundamentales de la Constitución, es decir, no todo el texto de esta.²⁰

¹⁹ Declaración 1/1992, de 1 de julio, FJ 4.

²⁰ Conviene apuntar que existe otra contradicción entre las dos declaraciones comentadas, que si bien se refiere al orden de análisis de las cuestiones, no está exenta de relevancia. En efecto, la declaración de 1992, alterando el

2. Por otro lado, parece difícil conciliar la justificación ofrecida por el Tribunal Constitucional con el hecho de que el artículo 93 se refiere solo a la posibilidad de que, mediante ciertos tratados, se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. De esta dicción parece difícil extraer la consecuencia de que las normas emanadas de dicha organización no tengan más límite constitucional que el de la soberanía del Estado y los principios y valores fundamentales. Lo único que expresamente permite el mencionado precepto es la atribución del ejercicio de competencias constitucionales a organismos internacionales y, por tanto, solo cabe admitir por esta vía una cierta modificación de las atribuciones competenciales realizadas en nuestra norma suprema. Como señala uno de los votos particulares, la habilitación contenida en el artículo 93 permitiría exclusivamente una modificación estrictamente subjetiva del ejercicio de competencias, pero no cualquier contradicción con el texto constitucional: “las atribuciones de competencias hechas en la Constitución quedan desplazadas por las hechas en el Tratado, de suerte que serán ejercidas por otros sujetos, pero no hay más desplazamiento de la Constitución que el que acaba de indicarse”.²¹ Otro entendimiento supondría una interpretación extensiva contraria a la literalidad del artículo, y que difícilmente podría tener cabida cuando la misma conduce

orden de las cuestiones planteadas por el Abogado del Estado, entra a pronunciarse sobre la adecuación del art. 93 para la ratificación del Tratado, después de analizar la constitucionalidad del precepto del mismo que puede entrar en contradicción con la CE, y ello porque considera que la posible existencia de contradicción entre el artículo del tratado y la Constitución es “la primera cuestión, decisiva y nuclear”, ya que solo en el supuesto de que existiera contradicción cabe plantearse si el art. 93 permite ratificar el tratado eludiendo la reforma constitucional (FJ 2). En cambio, en la declaración de 2004, aunque la primera cuestión planteada por el Abogado del Estado era la posible contradicción entre ambos textos, el Tribunal prefiere comenzar de hecho refiriéndose al sentido del art. 93 de la Constitución, analizando después esas posibles contradicciones, de tal manera que, cuando llega al fundamento en el que debe responder a la cuestión de la adecuación del art. 93 para ratificar el Tratado, se limita a señalar que la suficiencia del art. 93 para la ratificación “prácticamente ha quedado afirmada en los fundamentos jurídicos que preceden”.

²¹ Voto particular de Javier Delgado Barrio a la declaración 1/2004, 2.

a una excepción del principio de supremacía constitucional, no aceptada siquiera de forma implícita por la norma suprema.²²

3. Una consideración del artículo 93 desde el punto de vista procedimental refuerza la idea de que el mismo no permite en modo alguno que las normas resultantes de la atribución del ejercicio de competencias constitucionales puedan modificar la Constitución misma. Hay que tener en cuenta que el artículo 93 exige previa autorización por ley orgánica para la ratificación de este tipo de tratados, y si se admitiera que los mismos o las normas resultantes de las instituciones en ellos reguladas pueden contradecir la Constitución, se estaría permitiendo una especie de reforma implícita de la norma suprema que, saltándose los trámites previstos en los artículos 167 y 168, tendría como única habilitación una ley que solo requiere la aprobación por mayoría absoluta del Congreso.²³

Ciertamente, otros sistemas constitucionales se han reformado para permitir la ratificación de las sucesivas reformas de los tratados de la Unión, incorporando estos al ordenamiento interno aunque pudieran contradecir el texto constitucional, pero debiendo seguirse para esa ratificación un procedimiento equiparable al de la reforma constitucional. Tal es, a grandes rasgos, el caso alemán, tras la modificación en 1992 del artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn. Aparentemente, el Tribunal Constitucional ha querido implantar en el sistema español una solución que recuerda a la alemana, pero con una diferencia que no es precisamente de matiz: la CE no permite en modo alguno esa vía de “reforma implícita” ni se ha procedido a su modificación para incorporar una solución de ese tipo. Por tanto, no parece aceptable que el artículo 93 se utilice para justificar esa modificación implícita de la Constitución.

²² Un poco más adelante, el voto particular mencionado se pregunta: “¿realmente el constituyente quiso aceptar la primacía del derecho comunitario no solo sobre la legalidad infraconstitucional, sino también sobre la Constitución misma? Y, ya en otro sentido, ¿tal designio ha dejado alguna huella en el texto del art. 93 que permita pensar que objetivamente, ese es el resultado plasmado en la norma?, respondiendo de forma negativa a ambas cuestiones.

²³ En esta línea, por ejemplo, el voto particular de Ramón Rodríguez Arribas, punto 4.

5. CONCLUSIONES

La cuestión de la articulación entre el derecho de la Unión Europea y la Constitución española, que había sido desde hace tiempo objeto de un cierto debate doctrinal, no se había planteado anteriormente ante el Tribunal Constitucional. Este se había limitado, en su jurisprudencia anterior, a reconocer los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario, pero a diferencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad, el supremo intérprete de la Constitución parecía entender que esa primacía no se producía sobre las normas constitucionales. Y en la única ocasión en que tuvo que enfrentarse a una posible contradicción entre el Tratado de la Unión y la Constitución española, resolvió afirmando la superioridad de esta.

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho de la Unión, el principio de primacía supone en la práctica el desplazamiento de cualquier norma estatal, incluida la Constitución, cuando esta entre en conflicto con el derecho europeo. Existe, por tanto, una contradicción en cuanto al sistema de fuentes entre el derecho europeo y la Constitución española. Se trata de una contradicción de difícil solución y prácticamente insoluble en caso de producirse entre la Constitución europea y la española, ya que ambas están indudablemente basadas en un principio, según el cual prevalecerán sobre la otra. De esta forma, solo la reforma de la Constitución española permitiría armonizar ambos principios, por la vía de exceptuar la supremacía constitucional en ciertos supuestos y con el cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones. En esta línea se había manifestado una parte significativa de la doctrina, incluso desde antes de la adopción de la Constitución europea.

En este contexto, y poco antes de celebrarse en España el referéndum sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, al Tribunal Constitucional le llega directamente esta cuestión por iniciativa del Gobierno, que siguiendo en este aspecto la sugerencia del Consejo de Estado, planteó requerimiento sobre la constitucionalidad del TCE. Creo que jurídicamente esta ocasión debiera haber conllevado la exigencia de reforma de la Constitución para ratificar el Tratado.

Sin embargo, el Tribunal ha salvado la constitucionalidad del tratado constitucional, basándose fundamentalmente en dos ideas: 1. el artículo 93 permite la incorporación al ordenamiento español de las normas europeas, siempre que las mismas no hagan desaparecer la soberanía del Estado ni contradigan los valores y principios fundamentales de la Constitución —lo que implica que sí pueden ser contrarias a los preceptos de esta si no chocan con esos valores esenciales—, y 2. el principio de primacía es compatible con la supremacía de la Constitución española, pues aquel solo implica el desplazamiento e inaplicación de las normas de derecho interno dentro del ámbito de competencias de la Unión.

A mi juicio, ambos fundamentos resultan poco sólidos. El primero, porque contradice la literalidad del artículo 93, que solo permite atribuir el ejercicio de competencias pero no alterar la propia Constitución obviando el proceso de reforma; el segundo, porque la distinción entre primacía y supremacía basada en la diferencia entre inaplicación-invalidez de las normas contradictorias, aparte de demasiado sutil y artificiosa, no aporta fundamentos para entender que la primacía no supone en realidad una prevalencia o superioridad jerárquica incompatible con la supremacía de la otra norma.

Como resultado, nos encontramos con que una norma suprema (CE) que no prevé expresamente excepciones a esa supremacía, puede ceder en su aplicación y verse desplazada por otra norma (TCE) que, desde la perspectiva de la CE, es jerárquicamente inferior dado su carácter de tratado internacional. Y, por el otro lado, encontramos que el TCE autoproclama su primacía, reconocida por todos, pero desde la perspectiva del ordenamiento constitucional español es de rango inferior a una de las normas sobre la cual prima (CE). Por lo demás, si hemos de seguir la interpretación del Tribunal Constitucional, en la práctica la CE permite su reforma implícita por una norma de rango inferior (el TCE).

¿Qué deben hacer en el futuro los jueces y tribunales que encuentren una contradicción entre la CE y el derecho de la Unión? En particular, y aunque es evidente que CE y TCE comparten sus valores fundamentales, no cabe descartar nuevas contradicciones concretas entre sus artículos. Es verdad que el TC ha di-

cho que la primacía se circunscribe al ámbito competencial de la Unión, pero también es cierto que ese criterio, válido aunque no exento de dificultades para el derecho derivado, es inaplicable al TCE. Ninguna de las dos constituciones está sometida a ningún límite material en su contenido. ¿Qué hará, por tanto, en tal hipótesis el órgano jurisdiccional? Según lo dispuesto en la CE, deberían someter al TC la cuestión de inconstitucionalidad sobre el TCE, que es un tratado internacional. Pero de acuerdo con el TCE, deberían inaplicar la CE —planteando, en los casos en que sea necesaria, la cuestión prejudicial al TJCE—. Claro que, si se extraen plenamente las consecuencias de esta declaración, en realidad el TCE puede modificar implícitamente la CE, con lo que acaso la balanza se incline por inaplicar directamente la CE en cualquier caso. Pero ¿realmente hay fundamento jurídico suficiente para que un juez deje de aplicar la norma suprema del ordenamiento?

Se ha perdido una oportunidad para reconocer que la reforma de la Constitución española era jurídicamente necesaria si se quería ratificar el Tratado de la Constitución europea. Solo cabe esperar que esa reforma se produzca en todo caso y sea acertada, si ya no por razones de necesidad, sí al menos por motivos de muy elevada conveniencia.

6. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La bibliografía existente en las diversas doctrinas europeas sobre las relaciones entre el derecho de la Unión y los ordenamientos de los Estados miembros, y sobre los principios de primacía y efecto directo de aquel, es muy amplia y no sería posible ni tendría sentido citarla aquí. Me limitaré, por tanto, a dar una breve orientación de los trabajos más destacados que han abordado específicamente la relación entre los tratados de la Unión y la CE, y en particular la reciente bibliografía sobre las relaciones entre Constitución europea y Constitución española.

AA.VV., *Teoría y realidad constitucional*, núm 15, 2005, monográfico sobre “El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”.

- Alegre Martínez, M. A., “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 38, 1993.
- Alguacil González-Auriolles, J., “Las fuentes del derecho en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2005.
- Álvarez Conde, E., y Garrido Mayol, V., *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 3 vols.
- Astola Madariaga, J., “Reflexiones en torno al control de constitucionalidad del derecho comunitario”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002.
- Cascajo Castro, J. L., “Constitución y derecho constitucional en la Unión Europea”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2005.
- Cruz Villalón, P., “Constitución europea y constituciones nacionales”, en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V., *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 3 vols.
- Díez-Picazo, L. M., “¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa”, en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V., *Comentarios a la Constitución europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 3 vols.
- , “Constitución española e integración europea”, en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.
- Donaire Villa, J., “El tratado de Ámsterdam y la Constitución”, en Espín, E. y Díaz Revorio, F. J. (coords.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- López Basaguren, A., “Constitución y Unión Europea: aporías en la integración”, en García Herrera, M. A. (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997.
- López Castillo, A., *Constitución e integración*, Madrid, CEC, 1996.
- Llopis Carrasco, R. M., “Las limitaciones del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de los tratados

internacionales: una mirada a la construcción europea”, en Espín, E. y Díaz Revorio, F. J. (coords.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Ortiz Vaamonde, S., “El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001.

Pérez Tremps, P., “Constitución española y Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004.

—, “La Constitución española ante la Constitución europea”, en Albertí Rovira, E. (dir.), *El proyecto de nueva Constitución europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

—, *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, 1998.

Rubio Llorente, F., “La Constitución española y el Tratado de Maastricht”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992.

Tajadura Tejada, J., “La crisis de la Constitución en el proceso de integración europea”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002.

Fundamentos para la investigación en derecho constitucional

Las siguientes páginas no pretenden ser un compendio riguroso y científico —ni mucho menos completo— sobre la investigación en derecho constitucional. Se trata más bien de reflexiones que inevitablemente contienen elementos subjetivos y están basadas, además de las lecturas en la materia, en la experiencia de dirección y evaluación de trabajos de investigación —trabajos fin de máster, tesinas y tesis doctorales— durante años, en el curso de los cuales se han podido apreciar tanto las virtudes como las que, a mi juicio, son las principales carencias más comunes en este tipo de trabajos. Los criterios aquí expuestos no deben tomarse, por tanto, como dogmas o parámetros insoslayables o universales, sino como orientaciones basadas en la práctica, que acaso pueden guiar o ayudar a quienes dan sus primeros pasos en la investigación jurídico-constitucional. Están escritas con la pretensión de constituir un material de apoyo a los investigadores en derecho constitucional, pues sea cual sea el objetivo de un proyecto de investigación en la materia, debe partir de unas premisas claras y ser coherente con un previo concepto y fundamentos de Constitución. Por ello, este capítulo se ubica al final de este libro, ya que su posible utilidad para el investigador solo se desplegará tras la lectura previa de todos los capítulos anteriores.

1. LA INVESTIGACIÓN EN MATERIA JURÍDICA
EN EL ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN
EN CIENCIAS SOCIALES: PARÁMETROS ESENCIALES

Como fácilmente puede comprenderse, no cabe abordar el problema de la investigación en derecho constitucional sin referirse antes a la investigación jurídica en general, de la que forma parte y con la que comparte rasgos característicos, hasta el punto de que no creo que el proceso de investigación en derecho constitucional sea en esencia distinto del de cualquier investigación jurídica, sin perjuicio de las peculiaridades a las que luego vamos a referirnos.

Por lo demás, si el método es esencialmente similar, incluso desde la perspectiva del objeto o de las fuentes de la investigación, es difícil encontrar un trabajo que pueda considerarse únicamente jurídico-constitucional en el sentido más puro, dado que, por un lado, el ordenamiento jurídico ha de contemplarse como un todo y, por otro, siempre tienden a utilizarse diversas fuentes procedentes de distintas disciplinas jurídicas. Y eso incluso en trabajos que suelen considerarse propiamente jurídico-constitucionales, pues existen además muy diversas investigaciones que son en realidad multidisciplinaria, o bien, que analizan un problema jurídico perteneciente a otro sector del ordenamiento, si bien desde la perspectiva constitucional —o también, aunque este supuesto quede más alejado de nuestro análisis, los que abordan un objeto constitucional desde una perspectiva extraconstitucional o incluso extrajurídica—.

Conviene, por tanto, partir de alguna breve consideración sobre la investigación jurídica en general que, por lo demás, se enmarca a su vez en la investigación en el ámbito de las ciencias sociales. Como es bien sabido, durante mucho tiempo —y en particular en los momentos de mayor auge del positivismo científico— se cuestionó incluso la posibilidad de considerar a estas disciplinas como “ciencia” en sentido estricto y, por tanto, no cabría hablar propiamente en este terreno de “investigación”, como búsqueda mediante métodos científicos, de un conocimiento objetivo y verificable. La causa principal de este cuestionamiento radicaba en el carácter dinámico y mudable del objeto de análisis —la sociedad—, que según la teoría positivista, impediría un

acercamiento riguroso al mismo capaz de “descubrir” su ser, su funcionamiento o las reglas que lo rigen. En el caso concreto del derecho, la variabilidad y dinamismo de su objeto alcanzarían un grado máximo, ya que el mismo —el ordenamiento jurídico, compuesto en esencia por un conjunto de normas— puede ser modificado bruscamente en cualquier momento. Son conocidas, en este sentido, las demolidoras palabras de Von Kirchmann en su obra *La jurisprudencia no es ciencia*, quien destacaba que tres palabras correctoras del legislador podían convertir bibliotecas enteras en basura.

Con el tiempo, la idea de la falta de carácter científico de las disciplinas que estudian la sociedad y sus diversos fenómenos y productos, y entre ellas del derecho, fue revisándose. Por un lado, se fue comprobando que las consideradas ciencias en sentido estricto, esto es, las ciencias de la naturaleza, no tenían un objeto tan inmutable como se pensaba, ni las reglas hasta entonces conocida para explicar su funcionamiento eran universalmente válidas, como puso de relieve la teoría de la relatividad de Albert Einstein. Por otro lado, se demostró que la aplicación de los criterios positivistas era también posible a estas disciplinas sociales. En el caso del conocimiento jurídico, Kelsen puso de relieve en su *Teoría pura del derecho* que, a pesar del carácter esencialmente cambiante de las concretas normas jurídicas, es posible un análisis objetivo y científico del derecho como ordenamiento. Ello sin perjuicio de que la perspectiva positivista presente a mi juicio determinadas carencias a la hora de explicar y entender el derecho.

Por tanto, cabe “hacer ciencia” en el ámbito del análisis de la sociedad y sus productos. Y en concreto, es posible una investigación científica en el terreno del derecho. Pero es cierto que esta tiene características y procedimientos notoriamente diferentes a los propios de las ciencias de la naturaleza, y tiene en cambio rasgos comunes con el resto de las investigaciones en ciencias sociales, a las cuales sin duda pertenece.

Sin perjuicio de que en los siguientes apartados se vayan analizando las aludidas características propias de la investigación jurídica, destacando las aún más acusadas peculiaridades de la investigación en el ámbito del derecho constitucional, cabe apuntar

ahora que, en efecto, es el objeto específico el que viene a determinar en buena medida esas peculiaridades, que de todos modos penetran en el método y las fuentes de la investigación jurídica. El derecho, el ordenamiento jurídico como conjunto de normas y principios que tienen determinadas características propias, requiere una metodología propia de análisis. Y si bien es cierto que estas peculiaridades no alcanzan a configurar un proceso tan diferente que no se pueda calificar de científico, tampoco cabe duda de que el derecho requiere un tipo de acercamiento científico desde una perspectiva cargada de características propias que impiden aplicar en su investigación el método de cualquier otra ciencia, natural o social.

2. LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL: LAS PECULIARIDADES DEL OBJETO

Procede ahora preguntarse si dentro del ámbito jurídico, la investigación en derecho constitucional constituye un proceso diferente o al menos con perfiles autónomos. Ya se ha puesto de relieve que son las características propias del objeto las que en buena medida determinan o condicionan el método que ha de seguirse en una investigación. Por ello procede plantearse, en primer lugar, si las características propias del objeto de la investigación jurídico-constitucional son tan acusadas como para dotar de autonomía a la investigación en este ámbito. En este sentido, hay que partir de que el objeto primario de análisis es la Constitución y las normas en ella contenidas; y aunque en otros casos se procede a analizar otras normas jurídicas desde la perspectiva constitucional, en todo caso ello supone una determinación previa del sentido y alcance de la Constitución. Desde esta perspectiva, cabe apuntar que la doctrina especializada viene debatiendo sobre si la interpretación constitucional es un proceso cualitativamente distinto al de la interpretación jurídica en general, lo que probablemente determinaría un método de investigación autónomo. Es muy difícil alcanzar una respuesta aceptable, pues la diferencia entre un proceso autónomo y un mismo proceso con peculiaridades marcadas es siempre sutil. En mi opinión, seguramente se está en el segundo caso, pues las peculiaridades de

la norma constitucional no alcanzan a dotarla de una naturaleza esencialmente distinta a la de otras normas jurídicas, ya que precisamente el establecimiento del carácter jurídico de la norma constitucional —que fue, al menos en Europa, la culminación de un largo proceso— implica la aplicación a la misma, al menos en línea de principio, de los criterios interpretativos y los parámetros de investigación propios del derecho.

Con todo, no cabe dejar de lado la idea de las notorias peculiaridades del objeto primario de la interpretación constitucional, esto es, de la Constitución. Ello porque las mismas, aunque no alcanzasen a determinar un proceso esencialmente diferente, es claro que marcan de forma característica el proceso de interpretación en el ámbito jurídico-constitucional. Son diversas las características propias que a estos efectos cabría apuntar, aunque a mi juicio, cuatro de ellas son las verdaderamente relevantes para nuestro propósito. Por supuesto, ni todas ellas están presentes de igual modo en todas las normas constitucionales ni puede decirse que no quepa predicarlas en cierta medida de otras normas, pero en su conjunto ayudan a determinar las características propias de la interpretación y de la investigación en materia constitucional. Sintéticamente descritas, serían las siguientes:

1. El carácter abierto o ambiguo de muchos preceptos constitucionales, cuyo grado de apertura es notorio. Valores y principios como igualdad, libertad o dignidad no tienen un único y preciso significado, y aunque es cierto que los conceptos jurídicos indeterminados existen en todas las ramas del derecho (p. ej., buena fe o diligencia de un buen padre de familia), parece evidente su predominio en el ámbito constitucional. Ello suele permitir diversas interpretaciones de un precepto, con la ventaja de posibilitar una interpretación evolutiva que adapte el sentido de los preceptos constitucionales a la cambiante realidad en la que han de aplicarse, contribuyendo a la estabilidad del texto al hacer menos necesaria la reforma; pero por otro lado, tiene el riesgo de provocar incertidumbre y ambigüedad en la interpretación y el entendimiento de dichos preceptos.
2. El carácter axiológico de buena parte de sus preceptos constitucionales es otra de las notas más características

de la Constitución. Esta está plagada de valores y principios que plantean una notoria complejidad, constituyendo a un tiempo límites y mandatos de actuación para los poderes públicos, y ofreciendo una doble dimensión, pues si, por un lado, están los propios valores necesarios de interpretación para precisar su sentido, por otro, constituyen el parámetro esencial para una interpretación teleológica del resto de la Constitución y de todo el ordenamiento.

3. La politicidad es también característica acusada de la Constitución, entendida como la conexión con los diversos sujetos, grupos y órganos que manifiestan y expresan el poder del Estado, y que están presentes tanto en la elaboración de la Constitución como en el desarrollo e interpretación de la misma. Aunque esta característica tiene que ser compatible con el carácter jurídico de las normas constitucionales, no cabe soslayarla en la labor de interpretación e investigación en materia constitucional. Lo anterior implica que el “intérprete político” de la Constitución, y en especial el legislador, cuenta, dentro de los límites constitucionales, con plena discrecionalidad para la adopción de cualquier decisión política, siendo todas ellas admisibles mientras no infrinjan la Constitución, mientras que el “intérprete jurídico” —especialmente los tribunales, pero desde luego la idea es también aplicable al investigador jurídico— debe limitarse a la precisión de cuáles son los límites —y, en su caso, los mandatos— contenidos en la Constitución, pero no puede “preferir” por razones políticas o de otra índole una entre las varias opciones que cabe adoptar dentro del marco constitucional. Por desgracia, la realidad y la práctica demasiadas veces se alejan de este ideal y, con frecuencia, más o menos conscientemente, el intérprete jurídico intenta imponer su idea de lo “preferible” como única interpretación constitucional admisible.
4. Vinculada a la anterior idea, otra característica del objeto constitucional —aunque creo que hoy no puede enunciarse sin muchos matices— es su carácter de marco abierto en el que caben muy diversas opciones. Para algunos autores, es esta, en realidad, la característica esencial y

definitoria de la Constitución, hasta tal punto que se hace preciso un método distinto para su interpretación, que parte del problema concreto a analizar —o, en su caso, de la ley cuya constitucionalidad se ha de valorar— para determinar la respuesta constitucional al mismo, que suele emanarse en términos de admisibilidad/inadmisibilidad o validez/invalidéz. De este modo, el método interpretativo no partiría de la Constitución, sino del problema. No obstante, esta idea plantea dudas y requiere no pocos matices, pues en cada vez más supuestos la Constitución contiene mandatos de actuación positiva —más o menos concretos en su enunciado— o preceptos cuyo sentido no es tan abierto en cuanto a las opciones que permite. En realidad, y en no pocas facetas, la Constitución funciona no solo o no tanto como un marco, sino también como un “programa” de actuación, aunque el mismo tenga que poseer necesariamente un grado de apertura. Y por lo demás, aun cuando este criterio pudiera aplicarse en términos generales a la interpretación aplicativa de la Constitución, parece mucho menos fiable cuando lo que se intenta es guiar la investigación científica en la materia, cuyo objetivo es en muchos casos precisamente determinar el sentido —o si se prefiere, los sentidos posibles— del texto constitucional, como parámetro, en su caso, para la valoración de algún problema o norma específica.

En todo caso, del anterior examen se deduce que la norma constitucional posee notorias características peculiares que en todo caso condicionan su interpretación, así como la investigación jurídica en este ámbito.

3. LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL: LAS FUENTES, SU UTILIZACIÓN Y SU REFLEJO EN LA INVESTIGACIÓN

Una vez que me he referido al objeto, es imprescindible aludir a la cuestión de las fuentes, entendidas estas como los materiales que han de ser utilizados en el proceso de investigación en una materia, como instrumentos necesarios para el acercamiento al

objeto y la consecución del objetivo propuesto. En el ámbito jurídico, es importante no confundir el concepto de fuentes de la investigación jurídica con el de fuentes del derecho en sentido estricto, aunque en parte puedan coincidir. En efecto, fuentes del derecho serían en esencia los elementos que el intérprete a quien el ordenamiento confiere la facultad de aplicar la norma a casos concretos con alcance vinculante —en especial el juez— tiene que utilizar en ese proceso. En cambio, las fuentes de una investigación jurídica pueden ser más amplias, en función de los objetivos de la misma, pues se tratará de todos los materiales que de alguna forma puedan ayudar a alcanzar dicho objetivo. En particular, elementos como los antecedentes históricos o el derecho comparado, o la misma doctrina jurídica, solo serán fuentes del derecho en sentido estricto si así lo dispone el propio ordenamiento —y no es infrecuente que no lo sean—, pero en función del objetivo pueden legítimamente ser utilizados en una investigación jurídica y hasta incluso en muchos casos será conveniente que así sea. Por poner un ejemplo, el derecho comparado puede ayudar a enmarcar un problema o contextualizar una institución, y es útil en la mayor parte de las investigaciones jurídicas, pero no es el fuente como derecho aplicable a la solución jurídica de controversias. Ahora bien, cuando en una investigación jurídico-constitucional se utilizan fuentes que no son fuente del derecho, es muy importante hacerlo sin pretender su carácter jurídico o vinculante, ni intentar aplicarlas para la resolución jurídica de problemas o controversias, sino más bien como marco, referencia o contexto útil de la investigación, si es el caso, o con cualquier propósito diferente al de su utilización como normas aplicables.

A continuación me detendré brevemente en algunos problemas o características de las fuentes más habitualmente utilizadas en la investigación jurídico-constitucional.

3.1. Fuentes legales y jurisprudenciales

Si bien las normas jurídicas constituyen con frecuencia —aunque no siempre— el objeto principal de la investigación jurídica, también desempeñan el papel de fuente de la misma. Como ya se ha sugerido, las normas utilizadas pueden ser vigentes o históricas,

locales, nacionales, internacionales o comparadas, escritas o consuetudinarias, y lo más acertado suele ser que en el análisis de un problema concreto se utilice el mayor número de normas que resulten útiles para enmarcarlo, entenderlo y abordarlo.

Aunque no en todos los sistemas es considerada fuente formal del derecho, es habitual utilizar, con el valor que proceda, la jurisprudencia sobre un tema como fuente de la investigación jurídica del mismo. En el ámbito constitucional, como es lógico, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o de los tribunales supremos en materias constitucionales juega un papel fundamental y suele considerarse imprescindible su utilización. También es importante no olvidar la jurisprudencia de tribunales internacionales —Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Internacional de Justicia o Corte Penal Internacional, entre otros— cuando afecte a la materia constitucional en examen.

En fin, hay que mencionar que son perfectamente utilizables como fuente en una investigación, aunque no tengan carácter jurídico vinculante y, por tanto, no puedan utilizarse como fuente del derecho todas las declaraciones, resoluciones, acuerdos o textos similares de diversos organismos, oficiales o privados, cuando por alguna razón resulten relevantes en un tema jurídico-constitucional.

3.2. Fuentes bibliográficas

Seguramente, en la mayor parte de las investigaciones jurídico-constitucionales, la utilización de la bibliografía nacional y comparada sobre el tema ocupa el primer lugar entre las fuentes desde el punto de vista cuantitativo. Y su búsqueda forma parte casi siempre de la primera fase de la investigación, una vez que se ha determinado y delimitado el objeto de la misma.

La importancia de esta fuente en la investigación jurídico-constitucional debe, por tanto, enfatizarse ampliamente. Una buena investigación en la materia debería venir precedida de la lectura y utilización provechosa de toda la bibliografía relevante

sobre el tema. Obviamente, la búsqueda y utilización de bibliografía no debe limitarse a la producida por autores que sean constitucionalistas ni incluso exclusivamente a los juristas, siempre que desde otras disciplinas se hayan producido aportaciones relevantes a un tema. Una investigación no es jurídico-constitucional por el hecho de que la mayor parte de la bibliografía utilizada lo sea, ni a la inversa. Serán el objeto y la perspectiva metodológica los que determinen el carácter de una investigación —que eventualmente puede ser multidisciplinaria, aun con las dificultades que ello conlleva—; aunque desde luego, es difícil sustraerse a la influencia que los sectores doctrinales mayoritariamente utilizados puedan ejercer en la adopción de dicha perspectiva.

3.3. Utilización de las fuentes y sistema de citas

En este apartado se van a ofrecer algunos consejos que considero de alto valor práctico sobre el reflejo y utilización de las fuentes en los trabajos de investigación en derecho constitucional.

A este respecto hay un principio básico y fundamental que debe respetarse con carácter general: las fuentes utilizadas en una investigación no deben incorporarse a la obra final que recoge la misma. La búsqueda de fuentes es una fase de la investigación, por tanto, las fuentes no se deben reproducir a texto completo. Lo normal es incorporar apéndices que recojan, de manera ordenada y sistemática, las referencias de todas las fuentes utilizadas, para que el lector interesado pueda acceder a ellas. Solo se incorporarán como anexos textos legales o jurisprudenciales cuando dicha incorporación se justifique por alguna razón especial.

Por supuesto, en cuanto a la elaboración de dichos apéndices pueden seguirse distintos criterios. Incluso, y según la índole de la investigación, puede que no todos ellos sean imprescindibles, aunque jamás puede obviarse la incorporación de un apéndice bibliográfico. Lo óptimo es que al mismo se acompañe uno que incorpore la jurisprudencia citada y otro normativo. Aunque existen diversas posibilidades de ordenación admisibles, creo que los mejores criterios son:

- a) Para la bibliografía, la mera ordenación alfabética por autores —cuando se citan varias obras del mismo autor, se ordenan con criterio cronológico, habitualmente inverso—, incorporando conjuntamente libros y artículos de revistas, así como autores nacionales y extranjeros, históricos y contemporáneos. Últimamente se va extendiendo la tendencia, que parece razonable, de recoger separadamente las referencias encontradas en la web.
- b) Para la jurisprudencia, parece más conveniente clasificarla por países, y dentro de cada país, por tribunales, incorporando en cada bloque las referencias por estricto orden cronológico. Las resoluciones de tribunales internacionales deben ir en bloque aparte, acaso en primer lugar.
- c) Las fuentes normativas irán aparte, siguiendo el mismo criterio de ordenación que las jurisprudenciales.

En el texto del trabajo, por tanto, se incorporarán solo las citas puntuales que resulten necesarias y oportunas para el desarrollo de las distintas teorías o ideas que se exponen. Un trabajo de investigación no debe ser un *dossier* de documentación, ni siquiera una monografía que se limite a llevar a cabo una “radiografía” del estado de la cuestión, sino que debe “ir más allá”, realizando una aportación original y novedosa a un tema necesitado de estudio. Por supuesto, en algunos pasajes del trabajo escrito será necesario describir sintéticamente cuáles han sido hasta el momento las aportaciones de los distintos autores que se han aproximado al mismo tema, pero no hay que olvidar que —salvo en casos especiales en los que se justifique por diversas razones— el objeto de análisis no son los autores ni las doctrinas previas, sino el problema jurídico de fondo, a cuyo análisis contribuye sin duda la bibliografía existente. Pero esta no es un fin en sí misma, sino un medio.

Dicho lo anterior, es obvio que un trabajo de investigación debe necesariamente incluir las referencias de los trabajos más relevantes en la materia y, por supuesto, incorporar aquellas citas que se consideren necesarias para desarrollar el análisis, bien en apoyo de las ideas y postulados que se defienden, bien en sentido contrario. En este último caso puede ser conveniente, además, detallar de la manera más precisa aquellos puntos de la doctrina de los que se va a discrepar, para proceder, si se estima oportuno, a rebatirlos con argumentos jurídicos. Nunca omitir las opiniones contrarias a las

que se pretende defender en la investigación, pues eso no solo no fortalece la tesis defendida, sino que claramente la debilita.

Por tanto, las referencias de otros autores, incluso las citas textuales, son siempre necesarias, aunque deben hacerse en su justa medida y sometiéndose estrictamente a ciertos parámetros de corrección formal y honestidad intelectual, sin cuyo cumplimiento la investigación puede incurrir en graves errores descalificantes. A fin de cuentas, piénsese que la diferencia entre un plagio y una cita es la referencia expresa de la obra y, en caso de reproducción literal, el entrecomillado del texto citado. Por tanto, es imprescindible tener muy en cuenta las siguientes reglas:

- a) Nunca deben exponerse ideas o teorías que hayan sido antes defendidas por otros autores sin referirse expresamente a estos y a las obras que contienen esa exposición.
- b) Pueden resumirse con palabras propias las tesis de otros autores, pero debe quedar muy claro qué parte de la exposición son ideas de otros —dando la referencia exacta—, y qué parte son ideas o tesis propias.
- c) Toda cita textual debe ir entrecomillada, sin que puedan utilizarse frases literales de otros autores sin utilizar esta técnica, no bastando para la cita literal la indicación a pie del autor y la obra. Por supuesto, esta regla es también aplicable a las citas jurisprudenciales, cuya extensión debe por lo demás moderarse como regla general.
- d) Las llamadas “citas de referencia” deben evitarse en lo posible. Lo ideal es acudir siempre a la fuente original y citar a través de ella. No obstante, en el caso de libros o documentos muy difícilmente accesibles por diversas razones, será admisible esa cita de referencia siempre que se indique la fuente de la que se toma la referencia, lo que exime de responsabilidad al investigador si se diera el caso de que esa fuente no hace una cita exacta. Así, en esos supuestos se puede mencionar la fuente original siguiendo las reglas que a continuación se van a indicar y luego añadir “citado por...”, mencionando a continuación la fuente que da la referencia.
- e) En cuanto a las fuentes escritas en otro idioma, obviamente lo ideal es que el investigador conozca el idioma, en cuyo caso lo más correcto es citarlo directamente en su idioma original. Aunque los idiomas más útiles —además

del español— para encontrar bibliografía variarán según el tema elegido, en términos generales, en el ámbito del derecho constitucional es conveniente poder citar al menos en alemán, italiano e inglés, aunque también puede ser útil el francés, portugués o cualquier otro idioma. Si el idioma original no se conoce pero hay una traducción, es perfectamente posible usar esta, pero en la cita debe mencionarse la edición utilizada, así como el nombre del traductor. Si la traducción no está publicada o se ha encargado directamente por el investigador, también debe citarse el nombre o referencia de quien ha llevado a cabo la traducción. Si la cita original se toma a través de otro autor que ha hecho otra traducción parcial, se aplicará la regla indicada para las citas de referencia. Obviamente, un principio de honestidad intelectual implicará siempre la imposibilidad de citar un texto en un idioma que se desconoce y a cuya traducción no se ha podido acceder, o más en general cualquier trabajo que, por las razones que sea, no se ha podido realmente leer.

En cuanto a la forma de las citas, existen diversas fórmulas o técnicas generalmente admisibles, y así, por ejemplo, en general cabe utilizar la cita simplificada consistente en intercalar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor y el año de la publicación —cuya referencia íntegra se ofrece al final—, así como, en su caso, la página o páginas de la cita. Pero para trabajos de investigación en sentido estricto, y especialmente para trabajos fin de máster, tesinas y tesis en programas de universidades españolas, es muy conveniente ceñirse a fórmulas más completas de cita a pie de página, recomendándose encarecidamente los siguientes formatos:

- a) Para libros: Autor, *Título del libro*, editorial, ciudad, número de edición, año, página o páginas de la cita.¹

¹ Puede indicarse el nombre de pila completo o solo las iniciales, los apellidos siempre completos.

N. del E.: para el estilo editorial que se aplica en México se recomienda consultar a Márquez Romero, Raúl y Hernández Montes de Oca, Ricardo, *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, Serie J Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, núm. 19, México, IJ-UNAM, pp. 7-15, y para las

- b) Para artículos en revistas científicas: Autor, “Título del artículo”, en *Título de la Revista*, número de la revista, año, páginas.
- c) Para trabajos en obras colectivas: Autor, “Título de la contribución”, en Nombre del director o coordinador de la obra colectiva (entre paréntesis, dir. o coord.), *Título de la obra colectiva*, número de edición, ciudad, editorial, año, páginas.

Mención aparte merecen las referencias de páginas web. Aunque existe una variedad de supuestos, ya se han ido estableciendo ciertas convenciones o reglas para la correcta cita. De todos modos, ha de tenerse en cuenta que en cada vez más casos, hay libros o revistas que, o bien se publican en papel y en web, o bien solo en web pero con los mismos requisitos formales que las publicaciones convencionales. En tales supuestos, si la consulta se ha hecho *on line*, bastaría seguir las reglas antes indicadas, añadiendo si procede la página web en la que se puede consultar, y siempre la fecha de la consulta —dado que el contenido de las webs pueden cambiar con frecuencia—. En la hipótesis en que el texto consultado aparezca directamente en una web sin que conste una publicación en revista o libro virtual, la forma más idónea de cita sería: Autor (si consta), Título de texto o página (si consta), en www.nombredelaweb.com, fecha de la consulta.

4. EL MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

De los parámetros anteriores se deducen a mi juicio algunas de las características propias del método de la investigación jurídica, cuando este se aplica al ámbito constitucional. Como he venido destacando, la mayor parte de estas peculiaridades derivan de las que hemos visto tiene el objeto de la investigación, que siempre es de algún modo, de forma única o primaria, general o concreta, la Constitución. A continuación repasaré brevemente algunas de estas características propias del método de la investigación jurídico-constitucional.

notas entre paréntesis pp. 33-48, disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/acerca-de/normativa-interna/criterios_editoriales.pdf

4.1. Investigación jurídico-constitucional e interpretación constitucional

Cuando he analizado la Constitución como objeto, me he referido a veces de forma simultánea al proceso de interpretación y a la investigación en el ámbito jurídico-constitucional. Ciertamente, ambos procesos se relacionan y tienen características comunes, pues como se ha visto, la investigación jurídico-constitucional tiene como objeto único o principal la norma constitucional y, en muchos casos, persigue fundamentalmente el objetivo de precisar el sentido o significado de algunos de sus preceptos.

Sin embargo, a partir de ahí se hace necesario destacar también las diferencias entre ambos procesos, que se podrían resumir en las siguientes:

- a) A diferencia de la interpretación constitucional, la investigación jurídico-constitucional puede eventualmente centrarse en aspectos diferentes a normas constitucionales vigentes, como derecho constitucional histórico o comparado, o teoría de la Constitución como conjunto de elementos y rasgos que permiten perfilar el concepto, sentido y finalidad de la Constitución en sentido general y abstracto.
- b) Por otro lado, tampoco hay necesaria coincidencia en los objetivos, pues la investigación jurídico-constitucional puede tener como tales no tanto el análisis de normas o de teorías, sino propuestas interpretativas o propuestas de reforma de la norma fundamental, lo que implica tener en cuenta factores como la realidad política y social, los resultados de aplicación de las normas vigentes, o incluso parámetros extrajurídicos que sirven como elementos auxiliares.
- c) Ya ha sido apuntado que las fuentes de la investigación jurídico-constitucional son mas amplias que las fuentes del derecho. Ahora cabe añadir que tampoco tienen por qué coincidir exactamente con las fuentes o criterios utilizados para la interpretación constitucional, pues si bien esta emplea elementos diferentes a las fuentes del derecho (p. ej., antecedentes legislativos o históricos, o incluso elementos teleológicos o sociológicos), todos ellos

están regulados en una norma que establece los parámetros básicos del proceso interpretativo, mientras que en el caso de la investigación jurídico-constitucional hay una mayor amplitud y flexibilidad a la hora de utilizar fuentes adecuadas a la consecución del objetivo de que se trate.

4.2. El problema de la “objetividad” del método y del investigador

Anteriormente hemos insistido en el carácter científico de la investigación jurídica y, en particular, de la investigación en derecho constitucional. Se supone que ello implica, como punto de partida, la adopción de un punto de vista “neutral” y objetivo por parte del investigador, así como un método y un proceso igualmente objetivos. Conviene, sin embargo, apuntar que si bien es cierto que una investigación científica aplicada al ámbito social —y en particular, una investigación en el ámbito del derecho— debe aspirar a regirse fundamentalmente por parámetros de objetividad, en mi opinión, la pretensión de objetividad absoluta no es posible y probablemente no es siquiera deseable. Difícilmente puede hablarse de “objetividad pura” cuando es siempre un sujeto el que se aproxima al objeto de la investigación. La “huella” del sujeto investigador siempre quedará presente, de una u otra forma, en el proceso.

Por supuesto, ello no significa que deba abandonarse cualquier pretensión de objetividad o de neutralidad para caer en el puro subjetivismo. Pero sí que hay que ser conscientes de que toda investigación —y, desde luego, ello es claramente cierto en la investigación jurídica— tiene tanto de “descubrimiento” como de “aportación”. Por ello, son posibles diversos trabajos de investigación sobre el mismo objeto. Y para ser considerada original, en ambos terrenos ha de ser novedosa. Es claro que siempre son posibles las opiniones, aunque no lo es menos que las mismas deben en todo caso estar fundamentadas con criterios y elementos jurídicos. No hay que confundir opinión o valoración propia con mera especulación o propuesta aventurada e infundada. Desde una perspectiva científica, nunca se ha de comenzar un trabajo por las conclusiones o prejuzgando estas. Y aunque es

cierto que en la investigación jurídica es difícil no tener desde el primer momento una idea de adónde conduce el camino que se emprende —el mero interés por un tema, causa más frecuente de la elección del mismo, supone casi siempre un vislumbamiento de lo que finalmente se quiere aportar al mismo—, siempre hay que estar dispuesto a confrontar esa idea con los resultados de la investigación y con otras ideas o criterios contradictorios y, en definitiva, a revisar cualquier “prejuicio” o “preconclusión” que a veces inadvertida o erróneamente —y siempre inadecuadamente desde el punto de vista del método idóneo— haya incluido el investigador en su “equipaje inicial”.

En suma, hay que tener una postura de neutralidad y apertura ante las posibles conclusiones que se puedan alcanzar, procurando arrinconar los prejuicios y, sobre todo, aquellos que puedan estar condicionados por la previa adopción de una postura ideológica, religiosa o política del sujeto investigador; pero ello es compatible con la necesidad de “dar un paso más” sobre lo ya existente, lo que implica no solo un nuevo “descubrimiento” en el terreno jurídico, sino una aportación del propio sujeto investigador a la ciencia jurídico-constitucional.

4.3. El positivismo en derecho constitucional, los fundamentos de la Constitución y los parámetros para la crítica jurídica

Por tanto, conviene intentar desterrar cualquier concepción de tipo ideológico, político o religioso en la investigación jurídico-constitucional. No sucede lo mismo, en cambio, respecto a los postulados propiamente jurídicos. Estos, a mi juicio, no solo son imprescindibles para llevar a cabo cualquier investigación jurídico-constitucional, dado que constituyen los fundamentos o presupuestos necesarios para el propio entendimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino que además es preciso que el investigador los conozca y reconozca con carácter previo a emprender la labor que desee llevar a cabo para conseguir los objetivos.

Ciertamente se produce aquí una curiosa paradoja: por un lado, una concepción del ordenamiento y de la Constitución es

necesaria con carácter previo para cualquier investigación jurídica; pero, por otro, defender una teoría que alcance la explicación —y en su caso, justificación— completa, plenamente coherente y acabada que permita entender sin fisuras el ordenamiento —y en particular, el ordenamiento constitucional—, es tarea que puede llevar, si se logra, toda una vida académica y, en cualquier caso, es muy difícil que dicha teoría exista en las fases iniciales de la formación investigadora, que son —nueva paradoja— los momentos en los que muchos investigadores realizan sus aportaciones de mayor peso y contundencia, como suelen ser las tesis doctorales.

Por ello, quizá sería más prudente hablar de la necesidad de que el investigador tenga al menos una visión general coherente de la Constitución y del ordenamiento, que en muchos casos pasará por la adscripción, en todo o en parte importante, a las teorías o enfoques ya existentes, en algunos casos desde hace siglos. Pero, en todo caso, es importante que sea cual sea el objetivo de la investigación en el ámbito jurídico-constitucional, existan unas premisas jurídicas que el investigador acepte y asuma. En qué medida las mismas deban explicitarse en el texto del trabajo de investigación es cuestión ya más dudosa, que puede depender del alcance más o menos específico, y más o menos alejado de las cuestiones teóricas o generales de la investigación de que se trate, pero en todo caso, el investigador debe ser consciente de los presupuestos de los que parte y el lector podrá normalmente deducirlos, si es que no se han explicitado en el trabajo.

No es este el lugar para fundamentar una toma de postura sobre esos presupuestos de la investigación jurídico-constitucional, ni mucho menos para llevar a cabo una crítica de las diversas teorías más extendidas —positivistas, iusnaturalistas, subjetivistas, consensualistas, historicistas, etc.— que a lo largo de los siglos se han utilizado para explicar y justificar el derecho, y más en particular la Constitución. Baste reiterar la necesidad de mantener unos postulados y ser coherente con ellos.

Pero de todos modos, y en la modesta opinión de quien esto escribe, cabe apuntar que las posturas más estrictamente positivistas no logran justificar el derecho, y menos aún la Constitución. Aun cuando pudieran conseguir una explicación coherente

de la Constitución y del ordenamiento —Kelsen pareció alcanzarla desde esos postulados—, no ofrecen razones para justificar por qué el ordenamiento debe reflejar unos valores determinados. Desde el punto de vista constitucional, ello implica que el positivismo —al menos en su vertiente más estricta o pura— al no lograr la justificación de determinados valores constitucionales materiales, no ofrece argumentos para la crítica de aquellas constituciones que se separan de los mismos.

Por supuesto, eso no significa adscribirse a posiciones iusnaturalistas que ofrecen también flancos para la crítica reiteradamente señalados: si de la naturaleza o de la razón pudiera derivar un ordenamiento complejo, probablemente no existirían tantas diferencias entre los derechos y las constituciones de los Estados, y tampoco serían necesarias las reformas una vez se hubiera plasmado en el ordenamiento constitucional ese “orden natural”.

Por ello, seguramente es necesario buscar teorías y fundamentos mixtos y más complejos que reconozcan y ponderen la importancia de los distintos elementos de fundamentación de la Constitución. Quien esto escribe ha intentado en otros textos apuntar al menos los elementos que considera esenciales para la fundamentación de la Constitución y no procede, por tanto, desarrollar en este lugar sus ideas, aunque no está de más apuntar que se parte de una fundamentación histórica y consensual de la Constitución, pero no construida en el vacío ni abierta al relativismo, pues se reconoce que detrás de los principios y valores que el movimiento constitucional ha ido cristalizando en los últimos siglos, existen unos fundamentos previos que podrían resumirse en tres pilares: la dignidad de la persona como fundamento de la libertad y la igualdad, y más ampliamente de todos los derechos, y la necesidad de limitar el poder como fundamento de la separación de poderes, así como la soberanía del pueblo como fundamento del principio democrático. Esos serían, desde mi punto de vista, los elementos previos irrenunciables a los que la historia y el consenso pueden ir dando distintas formulaciones, extendiéndolos y adaptándolos a los cambios.

Lo importante es destacar que, en todo caso, el investigador debe partir de unos postulados con los que ha de ser coheren-

te, y que esos postulados le darán mayores o menos argumentos para la crítica a una Constitución vigente concreta o para las correspondientes propuestas de interpretación o reforma. Así, por ejemplo, sería incoherente que un investigador que se reconoce positivista critique luego una Constitución por su apartamiento de ciertos valores materiales cuya fundamentación, si se basa solo en el propio derecho o en el consenso, decae cuando estos cambian.

4.4. El papel de disciplinas auxiliares: en particular, la sociología y la ciencia política

Los presupuestos jurídicos del investigador determinarán también otra cuestión de gran relevancia, como es el papel que en una investigación jurídica pueden jugar otras disciplinas del ámbito de las ciencias sociales. En efecto, casi cualquier investigación en el ámbito jurídico-constitucional encuentra en algún momento la necesidad de “apoyarse” en otras disciplinas que pueden contribuir al entendimiento de los principios y valores constitucionales y así, no resulta infrecuente que diversos trabajos de investigación en el ámbito jurídico-constitucional utilicen en algún momento conclusiones aportadas por la historia, la filosofía, la sociología y la ciencia política.

Estos recursos serán legítimos si no resultan incoherentes con los postulados jurídicos de los que se parte. Así, por ejemplo, una teoría puramente formal de la Constitución parece ignorar los factores de poder que están detrás de ella, mientras que, en el otro extremo, una teoría plenamente material-sociológica o decisionista resulta difícilmente compatible con el carácter jurídico de la misma.

En la medida en que los presupuestos jurídicos asumidos lo permitan, el recurso a las mencionadas disciplinas sociales es legítimo y puede resultar realmente útil en diversas investigaciones constitucionales. Así, por poner algunos ejemplos, es perfectamente comprensible recurrir a la filosofía para tratar de desentrañar el sentido último de aquellos valores constitucionales que, como la dignidad, la libertad, la igualdad, trascienden el terreno estrictamente jurídico; o a la historia como ayuda a la explicación

de una gran parte de los conceptos constitucionales, como podría ser el de nación o, en el caso español, los llamados “derechos históricos de los territorios forales”; o a la sociología para profundizar en la idea de “prejuicio peyorativo” que está detrás del concepto de discriminación a determinadas minorías, así como para determinar —si la Constitución no lo explicita—, cuáles deben ser, en un momento dado, las “categorías sospechosas” de discriminación; o en fin, entre una larga lista que podríamos hacer, a la ciencia política para entender también conceptos como nación, pueblo, poder, incluso Estado. Y como puede entenderse fácilmente, en algunos de los casos mencionados será necesario recurrir conjuntamente a varias de las mencionadas disciplinas.

En todo caso, es muy importante destacar que desde la perspectiva de una investigación jurídico-constitucional, dichas disciplinas tendrán siempre carácter auxiliar, de modo que sus conclusiones serán aportaciones que el derecho constitucional puede y debe —salvo que se adopte una posición estrictamente formalista— considerar y utilizar, pero no debe estar vinculado a dichas conclusiones, pues el sentido de dichos conceptos desde la perspectiva jurídico-constitucional puede variar respecto a esas conclusiones obtenidas por otras disciplinas. La ciencia jurídica tiene sus propios objetivos y métodos y, por tanto, es lógico que alcance sus propias conclusiones, aunque en ese camino no debe ignorar las que, con sus propios métodos y perspectivas pero sobre objetos o contenidos coincidentes, han alcanzado otras disciplinas científicas.

No debe verse propósito alguno de minusvaloración en la consideración de esas otras disciplinas como “auxiliares”, pues la misma se lleva a cabo partiendo de la perspectiva propia de la investigación jurídico-constitucional. Por supuesto, son perfectamente legítimas todas las investigaciones que sobre los mismos objetos —por seguir con los ejemplos mencionados, Estado, nación, o dignidad— pueden llevar a cabo otras disciplinas sociales, para las cuales, por cierto, el derecho podría ser una ciencia “auxiliar”. Simplemente, esas investigaciones se sitúan en un ámbito diferente al que aquí nos interesa, sin descartar, como se ha apuntado, la posibilidad de investigaciones interdisciplinarias, aunque hay que ser conscientes de sus particulares riesgos y complejidades.

4.5. En torno al uso del método comparado en la investigación jurídico-constitucional. El contexto europeo e iberoamericano

En fin, todavía dentro de las reflexiones dedicadas al método en la investigación jurídico-constitucional, conviene hacer, aunque sea de forma necesariamente breve, algún comentario sobre el uso de la metodología comparada en este ámbito.

Ya he mencionado que aunque no sea fuente estricta del derecho —y aun cuando en muchos ordenamientos ni siquiera se prevea legalmente como elemento para la interpretación constitucional—, el derecho comparado puede y debe utilizarse como fuente en la investigación jurídico-constitucional, pues en ocasiones aporta alternativas de respuesta o solución a problemas jurídicos comunes que conviene al menos conocer y considerar, y siempre ofrece cuando menos un contexto que suele ayudar al entendimiento de los conceptos jurídicos. Por supuesto, en ocasiones el mismo derecho comparado se convierte en el objeto central de una investigación, en cuyo caso resulta imprescindible la utilización de su propia metodología, que a veces se va a separar de la que es propia del derecho constitucional. Pero aquí me voy a referir fundamentalmente a la utilización del método y del derecho comparado en una investigación cuyo objetivo específico se centra en el tratamiento de un problema constitucional, bien sea con un enfoque general, bien centrándose en un ordenamiento específico.

En cualquier caso, el uso de la comparación en la investigación ha de hacerse siempre con cautela, evitando importar de forma acrítica, sin llevar a cabo las adaptaciones que procedan a las instituciones. Las respuestas jurídicas a respuestas determinadas. Cabría decir, por tanto, que siempre es útil conocer el tratamiento jurídico del problema que se esté abordando en el derecho comparado, pero eso no supone adoptar sin más las soluciones encontradas en otros ordenamientos.

Lo anterior, sin embargo, no alcanza a responder algunas de las cuestiones que con frecuencia se plantean quienes dan sus primeros pasos en el ámbito de la investigación jurídico-constitucional. En particular, es habitual preguntarse, en primer lu-

gar, cuáles deben ser los parámetros y límites de la investigación comparada y, en segundo lugar, qué tipo de reflejo explícito debe tener la misma en el trabajo escrito de investigación. Ambas preguntas admiten muy difícilmente una respuesta de alcance general, pero de todos modos, voy a intentar dar alguna pauta que pueda ayudar a resolver cada una de ellas.

Comenzando por la primera, es obvio que la investigación comparada no puede pretender el análisis de todos los sistemas jurídicos de mundo y ni siquiera de todos los del ámbito occidental. Por lo demás, muchas veces el mero análisis descriptivo, incluso aunque sea meramente superficial, de un tema en una gran cantidad de ordenamientos jurídicos, se convierte en un esfuerzo tan ímprobo como estéril. Si bien es rechazable una investigación centrada en un solo ordenamiento e ignorante de las principales soluciones comparadas —e incluso a veces de que un problema similar se haya planteado en algún otro sistema—, habitualmente tampoco es necesario ni posible un análisis suficientemente profundo de un número suficientemente amplio de ordenamientos. Por ello, si de lo que se trata es de encontrar pautas que ayuden a encontrar respuestas a problemas jurídicos, conviene previamente conocer los distintos modelos existentes a la hora de afrontar el problema de que se trate, seleccionando luego alguno o algunos entre los más próximos y homogéneos.

Esta selección es sin duda una primera opción metodológica que enmarca la investigación y puede determinar sus resultados, implicando una decisión tan arriesgada como imprescindible. Conviene en principio buscar sistemas próximos al que va a ser el objeto principal de análisis; pero a veces, la búsqueda de un modelo de contraste puede aportar resultados igualmente útiles desde otra perspectiva, al permitir deslindar, en el ámbito constitucional, lo que es coyuntural de lo que es esencial, así como las conclusiones que solo pueden pretender validez en el contexto de un ordenamiento o de un modelo determinado de sistemas jurídicos de aquellas que, al menos tendencialmente, pueden pretender un alcance universal.

Y en este punto creo que procede hacer una referencia específica a la comparación entre sistemas europeos —y en particular el español— y latinoamericano. Dada la existencia creciente de

programas de cooperación entre universidades españolas e iberoamericanas, con posibilidad en muchos casos de llevar a cabo un trabajo de investigación e incluso la tesis doctoral, la tesitura de utilizar o no las referencias europeas —o incluso, de elegir directamente como objeto principal de análisis el ordenamiento constitucional español u otros europeos— es cada vez más frecuente. En realidad, si bien suele considerarse que los sistemas iberoamericanos han sido tradicionalmente influidos por el modelo constitucional de Estados Unidos, algunos autores han puesto de relieve que —acaso más en algunos sitios que en otros— desde el primer momento la influencia estadounidense se combinó con otra europea, fundamentalmente española y francesa. Por lo demás, es seguro que en tiempos más recientes, en especial en las últimas décadas, las mutuas influencias entre Europa y América Latina se han intensificado de forma notoria, y en muchos aspectos los sistemas del continente americano son cada vez más híbridos o mixtos, alejándose de las opciones tradicionalmente importadas de Estados Unidos —presidencialismo, federalismo, control difuso de constitucionalidad—.

En todo caso, debe reconocerse que en buena parte de los problemas jurídico-constitucionales, suelen existir aún diferencias muy significativas entre los modelos europeos y los latinoamericanos. La utilización de unos como referencia comparada para el análisis de otros será más o menos oportuna o conveniente en función de muchos factores. En todo caso, como regla general, debe evitarse una comparación aislada y descontextualizada entre solo dos sistemas que tienen a veces diferencias muy notorias (p. ej., España-México, España-El Salvador, etc.). Cada uno de ellos debería más bien ubicarse en el contexto de los que le son más próximos o le han influido más. Con estos parámetros, la comparación entre sistemas europeos e iberoamericanos puede resultar enormemente fructífera en algunos puntos, destacando tanto similitudes como diferencias, pues esta comparación más amplia y contextualizada puede ayudar a delimitar lo que son parámetros comunes a todo el constitucionalismo occidental de aquellas soluciones más vinculadas a las estructuras y circunstancias propias de cada ordenamiento. Por lo demás, aun cuando se esté cursando un programa de posgrado, máster o doctorado español, siempre es perfectamente admisible tanto un análisis

del propio derecho español como una investigación monográfica de un problema en el sistema jurídico propio —por poner algún ejemplo, mexicano, peruano o costarricense—; aunque en alguna medida, como es lógico, conviene siempre conocer ese contexto comparado europeo y, habitualmente, solo con ello se percibirá más o menos explícitamente la presencia y la utilidad de dicho conocimiento. Recuérdese que no todas las fuentes de conocimiento utilizadas han de tener, siempre y necesariamente, reflejo explícito en el trabajo finalmente elaborado.

5. LA ESTRUCTURA DE UN TRABAJO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Si ya las reflexiones anteriores contienen una serie de consideraciones muy generales que deben adaptarse a cada supuesto concreto, teniendo en cuenta en las investigaciones tuteladas los criterios del director, en lo que atañe a la estructura de un trabajo de investigación, resulta incluso difícil dar una pauta o criterio que pueda tener pretensiones de generalidad. Cada trabajo debe tener una estructura propia, que esté al servicio de los objetivos que persigue y sea acorde con la metodología empleada. Como dichos objetivos pueden ser muy variados, la estructura puede también variar de forma notoria e incluso es difícil apuntar cuándo las indicaciones generales que hasta ahora se han dado (p. ej., la utilización de fuentes comparadas) debe tener reflejo en la estructura de un trabajo de investigación.

No obstante las dificultades apuntadas, creo conveniente al menos apuntar alguna breve consideración respecto a la cuestión de la estructura de un trabajo de investigación.

5.1. Forma y fondo en los y trabajos de investigación jurídico-constitucionales

En un trabajo de investigación, la elección de la estructura es una de las más importantes opciones metodológicas, suponiendo quizá el puente o enlace entre la forma y el fondo. Por un lado, refleja el orden con el que van a abordarse los diversos aspectos

del objeto de examen, lo que tiene mucho que ver con una forma ordenada de exponer; pero por otro, afecta de forma directa a los contenidos materiales de la investigación. Aparentemente, unos contenidos correctos y adecuados para la investigación podrían exponerse con una sistemática u orden inadecuado, pero lo normal es que en este caso se hayan producido errores metodológicos o sistemáticos que han provocado finalmente la elección de una estructura inadecuada. Por ello, suelo decir que una estructura correcta y adecuada no garantiza la existencia de un buen trabajo de investigación; pero, a la inversa, si la estructura es errónea o está mal planteada, ya es imposible que detrás haya una buena investigación.

En realidad, forma y fondo son dos caras de la misma moneda, y en los trabajos de investigación ello se aprecia siempre a través del engarce que representa la metodología empleada. Por poner algunos ejemplos, el incumplimiento de lo que antes he referido sobre utilización de fuentes, citas, etc., implica incorrecciones formales, pero también de fondo. Citar mal puede ser un error formal, pero también es una grave falta material por cuanto puede implicar un plagio o simplemente una alteración de una de las fuentes utilizadas. Expresarse incorrectamente es un atentado al rigor formal, pero también esa falta de corrección suele afectar a la precisión o definición de los contenidos materiales del trabajo. Aunque de nuevo hay que reconocer que, a la inversa, la regla no siempre se cumple: una expresión formal y técnicamente plena de corrección puede que no consiga un alto nivel desde el punto de vista formal o incluso “literario”, pues hay que tener en cuenta que ciertos recursos literarios habitualmente lícitos para embellecer o engalanar la expresión no siempre son adecuados si se quieren respetar por completo los criterios derivados de la corrección material y metodológica. Así, puede que el recurso a la sinonimia evite reiteraciones que afean la expresión y haciéndola más “pesada”, pero no todo lo que son sinónimos en sentido lingüístico o literario lo serán también en el ámbito mucho más estricto de una ciencia —puede que derecho, ley, legislación, código y estatuto sean sinónimos en sentido lingüístico, pero no cuando se requiere de precisión jurídica...—.

5.2. El desarrollo del trabajo: de los objetivos a las conclusiones

Volviendo a la capital cuestión de la estructura, y aunque ya se ha dicho que no sin gran riesgo pueden darse pautas generales al respecto, parece oportuno hacer al menos alguna breve consideración —recordando siempre que en estos aspectos, como en todos los metodológicos, es muy importante hacer caso a las indicaciones del director cuando se habla de una investigación tutelada—.

Lo imprescindible es que cualquier trabajo de investigación tenga una estructura coherente, que parta de unos objetivos claros y desarrolle la investigación realizada hasta alcanzar unas conclusiones. Todo lo que no sea necesario desde el punto de vista de esa coherencia debe dejarse de lado. Cualquier tema, por interesante que sea, que no “nos encontremos en el camino” de la búsqueda de nuestros objetivos, no debe incluirse en el trabajo. Solo cabría permitir pequeños *excursus* cuando sean breves y estén muy relacionados, e incluso en tal caso es aconsejable dejarlos para notas a pie de página y ser muy moderado en su incorporación.

Asimismo, se recuerda que las fuentes utilizadas nunca deben incorporarse a texto completo al trabajo —solo si son de excepcional valor y muy difícil acceso se tolera un apéndice que no cuenta estrictamente entre las páginas del trabajo—, ni tampoco es conveniente abusar de citas extensas. Un investigador puede, por ejemplo, haber hecho una amplísima investigación del derecho comparado para ubicarse, pero no tiene sentido que en ese apartado de la tesis empiece a reproducir a texto completo más y más artículos de las diversas constituciones o textos legales utilizados.

Por otro lado, y sobre todo en los trabajos de investigación de más calado, es muy conveniente explicitar las opciones metodológicas adoptadas, así como delimitar con la mayor precisión posible el objeto del trabajo, e incluso, apuntar los motivos de la elección del tema abordado, todo lo cual suele hacerse en un capítulo introductorio, acompañando a los objetivos.

En cuanto al desarrollo ordenado y sistemático de los capítulos, pocas pautas generales pueden apuntarse. Ya se ha dicho que

a veces conviene explicitar las conclusiones que aporta un análisis del derecho comparado o los antecedentes, lo cual es común hacer en los primeros capítulos. Habitualmente conviene tener en cuenta en el orden que es más lógico ir de lo general —premisas, fundamentos, etc.— a lo particular —aspectos o problemas más concretos, en su caso—. Téngase en cuenta que, a diferencia de un dictamen o un examen o trabajo práctico, que suele partir del problema o hechos concretos para luego buscar los fundamentos o premisas para su resolución, una investigación —siempre en términos muy generales que permiten fácilmente diversas excepciones— debe encontrar primero las bases sobre las que asentar el desarrollo de las ideas que permiten afrontar los objetivos planteados; aunque desde luego, si el objeto de análisis es un tema más o menos concreto o específico, es perfectamente lógico plantearlo en la introducción.

En fin, conviene también decir algo sobre las conclusiones. En muchos casos, es este uno de los grandes caballos de batalla de los investigadores que inician su trayectoria, en particular en las tesis. Muchos no saben realmente qué decir en las conclusiones, salvo resumir todo lo anterior. En mi opinión, si se piensa bien, esa desazón es comprensible, pues si el trabajo de investigación está realmente bien hecho, salvo el o los capítulos introductorios, todo el trabajo es en realidad una exposición de conclusiones. Si ni las fuentes ni las fases previas de la investigación deben incluirse —salvo lo ya dicho del capítulo introductorio—, toda la exposición debe referirse a esa aportación original e inédita a la ciencia del derecho constitucional, en forma de “descubrimiento” o “avance” o “progreso de la ciencia” que el investigador pretende haber realizado.

Dicho lo anterior, y aunque es aceptable que las conclusiones incluyan en parte una recapitulación de las principales aportaciones contenidas en los capítulos precedentes, entiendo que lo fundamental es que enlacen con los objetivos planteados y analicen en qué medida los mismos se han logrado alcanzar. Además, pueden reflejar otras cuestiones como: *a)* aspectos “transversales” que hasta ese momento no se hayan puesto de manifiesto; *b)* algunas ideas sobre perspectivas diferentes a la abordada, pero complementarias; *c)* aspectos subyacentes pero importantes, que en alguna medida hayan sido presupuestos en la tesis o impliquen

cuestiones más profundas y generales si la tesis es específica —o a la inversa, desarrollos más concretos si la tesis aborda aspectos muy generales o fundamentales—, que hasta ese momento no se han explicitado; *d*) la explicitación de en qué medida y en qué aspectos la investigación abordada supone una aportación original y novedosa a la ciencia jurídico-constitucional, o *e*) apuntes sobre otros temas o sobre aquello que se vislumbra como posibles avances o aportaciones futuras.

Sobre este último aspecto hay que añadir un comentario: todo trabajo de investigación debe aspirar a abordar una temática de forma cerrada y, en consecuencia, debe presentarse como “acabado”. En principio, por tanto, las conclusiones no deberían referirse a temas que queden “pendientes” o abiertos. Pero es obvio que ninguna investigación puede pretender agotar un tema ni cerrar la posibilidad de que en el futuro el mismo se vuelva a abordar. Por lo demás, cumpliendo el requisito de suponer un “avance”, evidentemente no se cierra la opción de que vengan otros posteriores. Ello es particularmente cierto cuando la investigación se presenta en una fase de la formación de posgrado que, por definición, permite otras posteriores —el ejemplo más claro, una tesina o trabajo fin de máster respecto a una futura tesis doctoral que eventualmente pueda seguir en la misma línea—. En estos supuestos es posible, e incluso más honesto, reconocer esa posibilidad futura, y aun en la tesis, siempre que se cumpla el imprescindible requisito de suponer una aportación propia, original y novedosa que implique un avance en la disciplina, no es ilícito reconocer la posibilidad de aportaciones futuras —propias o ajenas— e incluso apuntar cuál puede ser el camino que las mismas podrían emprender.

En fin, de lo anterior se desprende que la estructura-tipo de un trabajo de investigación podría ser la siguiente:

1. Portada con datos personales, título del trabajo, nombre del director —o directores— y, si fuera diferente, el tutor, así como datos del programa de posgrado, máster o doctorado en cuyo seno se realiza la investigación y nombre —y si es posible, logo— de las universidades o instituciones implicadas en el programa.
2. No olvide siempre comenzar con un índice paginado.

3. Introducción —planteamiento, elección y delimitación del tema, aspectos metodológicos, objetivos—.
4. Antecedentes y derecho histórico —a veces no es necesario, o ni siquiera conveniente—.
5. Derecho comparado y/o textos internacionales —a veces no es necesario, o ni siquiera conveniente—.
6. Capítulos necesarios para el desarrollo de la tesis, de forma ordenada y sistemática.²
7. Conclusiones.

6. BREVE APUNTE ESPECÍFICO SOBRE LA TESIS DOCTORAL

La tesis doctoral es el trabajo de investigación por antonomasia y, por tanto, todo lo dicho en páginas anteriores es completamente aplicable a la misma y, de hecho, en alguna medida se ha escrito pensando sobre todo en ella. Ahora procede solo enfatizar su trascendencia, dado que para muchas de las personas que inician su trayectoria de posgrado en programas orientados a la investigación, es el objetivo primordial.

Habitualmente, la tesis es la última investigación tutelada, precisamente porque la obtención del grado de doctor representa la acreditación de plena capacidad investigadora. La realización adecuada de una tesis doctoral implica un tipo de relación académica muy especial entre director o directores, tutor y doctorando, aunque habitualmente las figuras de tutor y director están unidas y así, esa relación es entre dos personas. La responsabilidad de la realización de una tesis pertenece plenamente al doctorando, pero la labor del director es fundamental. A mi juicio, si en lo relativo a la elección del tema, objetivos y conclusiones, así como a la defensa de ideas propias debe predominar el criterio del doctorando y el director debe ser respetuoso con ese margen de elección, en los aspectos metodológicos y académicos el papel del director debe ser preponderante. En general, el doctorando debe aceptar los criterios del director o bien cambiar de director. Una

² Es imposible hacer una indicación general del número adecuado de los mismos.

cierta sintonía entre director y doctorando es imprescindible y si no existe, también es el cambio la opción preferible.

Por lo demás, la elaboración de una tesis es la mejor “carta de presentación” en el ámbito académico y siempre debería estar regida por criterios de excelencia. Una tesis lleva su tiempo. La nueva normativa parece partir como criterio general de un periodo de tres años —una vez terminado un máster orientado a la investigación— cuando se hace a tiempo completo, lo que implicaría no dedicarse a otra cosa en ese periodo. Es habitual que el doctorando tenga más prisa que el director, pero la prisa casi nunca es buena consejera. Lo conveniente es trabajar bajo la supervisión permanente del director y no dejar esta para el final. En todo caso, siempre hay que calcular que tras la terminación de la versión global del trabajo, hay que dejar tiempo para una última corrección por el director, incorporar sus sugerencias, los preceptivos informes externos, depósito del trabajo y configuración del tribunal.

Tampoco hay que olvidar que la labor de realización de una tesis no concluye con su redacción y presentación, sino que también ha de valorarse la defensa ante tribunal, lo que supone no solo la exposición, sino también la capacidad para el debate sobre el tema de tesis con los miembros del mismo.

En fin, en todos estos aspectos hay que reiterar una vez más el papel fundamental del director. Tanto es así, que sugiero a los lectores que en efecto estén realizando una tesis u otro trabajo de investigación tutelado, que en caso de divergencias entre lo que aquí se ha escrito y el consejo de su director, sigan siempre este último, ya que estas son consideraciones muy generales, mientras que aquel consejo estará, en cambio, adaptado a las específicas características de su concreto trabajo de investigación.

7. ACLARACIÓN FINAL

Dado que los diversos programas de posgrado son el marco habitual de las primeras investigaciones de muchas personas, y teniendo en cuenta que la terminología en España y los diversos países de Iberoamérica no siempre es coincidente, se aclara que,

de acuerdo con la más reciente normativa española, las titulaciones universitarias oficiales se dividen en España en títulos de grado y títulos de posgrado, siendo estos últimos los de máster universitario y doctorado. Al doctorado se accede necesariamente tras haber realizado el grado y el máster oficial. La expresión “títulos de posgrado” englobaría en sentido amplio tanto a los mencionados títulos oficiales —máster y doctorado— como a los títulos propios que cada Universidad puede crear, y que serán de especialista, experto o máster. La palabra “máster” puede referirse en consecuencia tanto a un título propio como a un título oficial —lo que son cosas muy distintas, y solamente en este último caso abre paso directo al doctorado—, si bien en este último caso la denominación exacta será la de “Máster Universitario en ...”. No obstante, otras veces la expresión “títulos de posgrado” se reserva a los llamados “títulos propios” y, en este sentido, a veces en el texto precedente hemos usado la expresión “títulos de posgrado, máster y doctorado”.

Por último, una breve aclaración terminológica. Es tan correcto decir máster como maestría. El *Diccionario de la Lengua Española*, en la voz “máster”, nos remite a “maestría”, lo que quiere decir que ambas son válidas, aunque en español parecería preferible la segunda. Sin embargo, la normativa española utiliza el primero de los términos. Pero si escribe en español, y escribe máster, no olvide el acento. Me permito transcribir lo que dice al respecto el *Diccionario Panhispánico de Dudas*³ —por favor, haga más caso al diccionario que al corrector automático de su procesador de texto—:

máster. 1. Voz tomada del inglés *master*, que designa, en algunos países americanos, el grado universitario inmediatamente inferior al de doctor, así como la persona que lo posee. En español debe escribirse con tilde por ser palabra llana acabada en -r (→ tilde², 1.1.2): «*Licenciado en Filosofía y en Derecho, máster en Teología, doctor en Derecho Internacional*» (Vistazo [Ec.] 18.12.97); «*No es grato para un veterano cacique [...] hacerle antesala para pedirle un puesto a un máster de Harvard de 30 años*» (Semana [Col.] 25.6-2.7.96). Con el mismo sentido se emplea también la voz *magíster* (→ *magíster*). El término *máster* designa además, en general, cualquier curso de

³ Consulta 17 abr 2017, disponible en www.rae.es,

posgrado, normalmente orientado a la inserción laboral, y a la persona que lo ha realizado: «*Empieza un máster en Museografía Etnográfica*» (*Vanguardia* [Esp.] 16.1.95); «*Es ingeniero industrial y máster en Administración de Empresas*» (*Vanguardia* [Esp.] 3.12.94). Referido a grado o curso, es masculino; referido a persona, es común en cuanto al género: el/la máster (→ género², 1a y 3g).

2. Con sentidos equivalentes a los del anglicismo máster se emplea en gran parte de América la voz maestría: «La Escuela Superior Técnica del Ejército ha creado la maestría en Transporte» (*NProvincia* [Arg.] 3.4.97); «*La duración de las maestrías y doctorados es más variable*» (PzTamayo Ciencia [Méx. 1991]).

3. En el ámbito audiovisual se utiliza la voz inglesa master (o su adaptación gráfica máster) con el sentido de ‘copia a partir de la cual se hacen las demás’: «*Se obtiene un primer disco metálico que servirá de master*» (*Bustos Multimedia* [Esp. 1996]). Se recomienda sustituir este anglicismo por las equivalencias españolas *copia maestra* o *cinta matriz*.

4. En deportes como el tenis o el golf, se usa el plural inglés *masters* con el sentido de ‘torneo en que solo participan jugadores que han alcanzado la categoría de maestros’: «*Martina Navratilova se impuso a Arancha Sánchez Vicario en el Masters*» (VGalicia [Esp.] 23.11.91). Se recomienda sustituir este anglicismo por la equivalencia española *torneo de maestros*: «*Carlos Moyá y Sergi Bruguera, ambos participantes en el Torneo de Maestros, se situaron en los puestos séptimo y octavo*» (*Época* [Chile] 19.11.97).

5. El plural de *máster* debe ser, en español, *másteres* (→ plural, 1g).

BIBLIOGRAFÍA

- Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- , *La construcción de la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.
- Calvo García, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, “El lenguaje de las normas, las normas del lenguaje. Sobre la corrección del lenguaje norma-

- tivo”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 22, 2014.
- Eco, Umberto, *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*, Madrid, Gedisa, 2009.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14^a ed., México, Porrúa, 2005.
- Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- López Garrido, Diego, “La crisis no resuelta de las ciencias jurídicas y el método en derecho constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 15, 1986.
- Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Bogotá, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, 2011.
- (coord.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, México, Porrúa, 2012.
- y Rinella, Angelo, *Las fuentes en el derecho comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003.
- Vallet de Goytisolo, Juan B., *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982.

Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución
de Francisco Javier Díaz Revorio
se terminó de imprimir en junio de 2018,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Entre la libertad y la igualdad
Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez

JORGE CERDIO,

PABLO DE LARRAÑAGA

PEDRO SALAZAR (COORDS.)

(En coedición con el Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM)

Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs
en la jurisprudencia interamericana

El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, MARIELA MORALES
ANTONIAZZI Y ROGELIO FLORES PANTOJA (COORDS.)

Los derechos de los pueblos indígenas.
Una visión desde el sistema interamericano
de protección de los derechos humanos

KARLA QUINTANA

ROGELIO FLORES (COORDS.)

Individuo y política en El príncipe de Maquiavelo.
Naturaleza, formas y sujetos del poder

ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano
Modelos para (des)armar

ARIEL DULITZKY

FUNDAMENTOS ACTUALES PARA UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

El libro que ponemos a su disposición nos ofrece a lo largo de diez capítulos un estudio consistente y riguroso sobre variados temas relacionados con la teoría constitucional: comienza por explicar el valor histórico de la Constitución, así como el desarrollo histórico de la monarquía parlamentaria como límite al monarca, su necesidad, límites y contradicciones, para después pasar a la formación histórica del Parlamento contemporáneo y al desarrollo del Estado moderno.

Asimismo, nos aporta bases sólidas para construir un concepto de Constitución, como norma jurídica suprema, para luego abordar el tema de los valores como fundamento de la Constitución, haciendo referencia a las teorías subjetivistas, consensualistas y el relativismo kelseniano.

Los siguientes capítulos se centran en la dimensión existencial de la Constitución y algunos de sus problemas: Constitución abierta vs. democracia militante; la reforma constitucional y los diversos niveles constitucionales en Europa, así como la jerarquía y competencia en el ordenamiento constitucional español de los tratados internacionales y la solución que sobre ello decidió el Tribunal Constitucional.

Finalmente, encontraremos un muy útil capítulo sobre los fundamentos para la investigación en derecho constitucional, delimitando las peculiaridades de su objeto, el método y la estructura de un estudio jurídico-constitucional.

Sin duda, esta obra nos aporta los fundamentos actuales para una teoría de la Constitución y su operación eficaz.

ISBN 978-607-7822-44-8



9 786077 822448



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO