

**monografías**

ALTA CALIDAD EN  
INVESTIGACIÓN  
JURÍDICA



**tirant**  
lo blanch

PALOMA BIGLINO CAMPOS

# RETOS A LA LIBERTAD Y ESTADO CONSTITUCIONAL



**RETOS A LA LIBERTAD  
Y ESTADO CONSTITUCIONAL**

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la  
Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de  
Derecho. Instituto Tecnológico  
Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ**  
*Ministro de la Suprema Corte  
de Justicia de México*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos. Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho Mercantil  
de la UNED*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía  
Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.  
Catedrática de Derecho Internacional de la  
Universidad de Colonia (Alemania)*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y  
Presidente del Instituto Ibero-Americano de  
La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del  
Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# RETOS A LA LIBERTAD Y ESTADO CONSTITUCIONAL

PALOMA BIGLINO CAMPOS

**tirant le blanc**  
Valencia, 2018

Copyright © 2018

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

Este libro se integra en el Proyecto estatal I+D+I de Investigación DER2016-75993-P, dirigido por J. Matia Portilla, sobre *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos* (2016/20120) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad-Agencia Estatal de Investigación.

© Paloma Biglino Campos

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-9190-692-6  
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresas/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresas/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

*A Silvia  
Celebrando su vida  
Doliendo su pérdida*

*A Clara, Anna y Luli,  
que construyen su futuro*



# Índice

Prefacio .....	13
----------------	----

## *Capítulo Primero* **Poder, libertad e igualdad**

I. INTRODUCCIÓN .....	17
II. LA INTENSIDAD DEL PODER POLÍTICO Y SU LEGITIMIDAD .....	19
II.1. La generalidad y la coercibilidad del poder político ....	19
II.2. Un poder basado en la voluntad humana .....	22
III. EL ENTRAMADO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL .....	26
III.1. Los pilares del Estado Constitucional.....	26
III.2. La evolución del Estado Constitucional .....	29
IV. LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.	33

## *Capítulo Segundo* **Los titulares del poder**

I. INTRODUCCIÓN.....	41
II. EL CONTENIDO DE LA SOBERANÍA .....	42
II.1. La configuración de idea de soberanía.....	42
II.1.a) Cuantos estados, cuantas dominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana... ..	43
II.1.b) Poder absoluto y perpetuo de una república..	45
II.2. La erosión de la soberanía.....	46
III. LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA .....	49
III.1. La representación del nuevo soberano.....	49
III.1.a) Representación frente a identidad. ....	50
III.1.b) Mandato representativo, delegación de soberanía. ....	52
III.2. Los límites a la representación en el Estado Liberal. ...	56
III.2.a) Las incógnitas de la nación. ....	56
III.2.b) Corona, senado y ley. ....	59
III.3. La soberanía en el Estado Social y Democrático de Derecho.....	60

III.3.a)	El pueblo, un concepto eminentemente jurídico.....	61
III.3.b)	Grandezas y miserias de las nuevas formas de participación .....	64
IV.	PARTIDOS POLÍTICOS Y REPRESENTACIÓN.....	69
IV.1.	Partidos de notables y partidos de masas .....	69
IV.2.	Funciones y disfunciones de los partidos en las democracias actuales .....	72

*Capítulo Tercero*  
**El poder limitado**

I.	INTRODUCCIÓN.....	77
II.	LOS DERECHOS EN EL ESTADO LIBERAL .....	79
II.1.	El contenido de los derechos .....	79
II.1.a)	La libertad como independencia.....	81
II.2.b)	Igualdad ante la ley e igualdad en la elaboración de la ley .....	85
II.2.	La titularidad de los derechos. ....	89
II.3.	La limitada eficacia jurídica de los derechos.....	91
III.	LOS DERECHOS EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO .....	94
III.1.	La nueva concepción de la igualdad .....	94
III.2.	Los avances en el contenido de los derechos. ....	96
III.3.	Los cambios en la titularidad de los derechos.....	100
III.4.	La eficacia de los derechos. ....	103
III.4.a)	La eficacia directa y frente a terceros de los derechos fundamentales .....	103
III.4.b)	Garantías internas y garantías internacionales..	105

*Capítulo Cuarto*  
**El poder dividido**

I.	INTRODUCCIÓN.....	111
II.	LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER .....	112
II.1.	La formulación del principio.....	112
II.2.	La variedad de formas de gobierno .....	116
II.3.	Las formas de gobierno en el Estado Liberal: de la monarquía constitucional al presidencialismo .....	119
II.3.a)	La estructura de la monarquía constitucional	119

II.3.b)	La aparición del presidencialismo .....	121
II.4.	El parlamentarismo en el Estado Social y Democrático de Derecho.....	123
II.4.a)	El papel del jefe del Estado: monarquías y repúblicas parlamentarias .....	123
II.4.b)	La relación entre el poder legislativo y el ejecutivo. ....	126
II.4.c)	El gobierno como comité directivo del parlamento.....	128
III.	LA DIVISIÓN VERTICAL DEL PODER .....	133
III.1.	La formación del Estado unitario y del Estado federal en el primer liberalismo.....	136
III.1.a)	El Estado Unitario.....	136
III.1.b)	El Estado federal estadounidense: un federalismo de integración .....	138
III.2.	La evolución de la distribución territorial del poder en el Estado Social y Democrático de Derecho.....	143
III.3.	Los Estados regionales o federalismos de devolución ..	146
III.3.a)	La necesidad de consolidar la unión.....	146
III.3.b)	Constitución y autonomía.....	147

*Capítulo Quinto*  
**El poder sometido**

I.	INTRODUCCIÓN.....	153
II.	EL ESTADO LEGAL DE DERECHO .....	155
II.1.	La primacía de la ley y la supremacía política de la constitución .....	156
II.2.	El principio de legalidad.....	160
II.3.	La certeza del Derecho y la seguridad jurídica.....	164
III.	EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	167
III.1.	La suprallegalidad de la constitución y el control de constitucionalidad.....	167
III.1.a)	La formación del concepto racional-normativo de constitución en Estados Unidos .....	168
III.1.b)	Las primeras formulaciones del control de constitucionalidad.....	172
III.2.	La recepción del concepto racional-normativo de constitucionalidad en Europa y control de constitucionalidad concentrado .....	177

IV. LAS EXIGENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL ESTADO DE DERECHO .....	180
IV.1. La centralidad de la ley .....	182
IV.2. La responsabilidad de los poderes públicos y las formas de control .....	186
IV.3. La certeza del Derecho y la seguridad jurídica en sistemas plurales de economía de mercado .....	190
<b>Referencias</b> .....	<b>195</b>

## Prefacio

Hasta hace algunos años parecía que los avances incorporados a los ordenamientos jurídicos tras la segunda guerra mundial estaban definitivamente consolidados. Tanto en nuestro país, como en otros que comparten una estructura similar, se consideraba que el Estado Social y Democrático de Derecho era una estructura irreversible. Esta creencia se ha debilitado en los últimos años. La crisis económica y quizá otros factores, entre los que no cabe descartar algunas formas erróneas de entender la globalización, han puesto en peligro los avances en derechos sociales, han erosionado la confianza ciudadana en los poderes públicos y han puesto en cuestión la legitimidad de la Constitución, norma que funda el ordenamiento jurídico.

Es verdad que estas quiebras no tienen la misma intensidad en todos los países, ya que algunos están mostrando mayor capacidad para resistir a los embates. Pero el auge de nuevas formas de nacionalismo excluyente, de autoritarismo y de mensajes populistas destinados a enfrentar a la mayoría a los límites impuestos por el Derecho, por ejemplo, son males que afectan a gran parte de los países de este y del otro lado del Atlántico.

No podemos dar por sentado lo que ha costado siglos conquistar. Tampoco podemos menospreciarlo, considerando frívolamente que son valores anticuados. El principio democrático, la distribución de las funciones entre diferentes órganos o los derechos que actúan como límite y fundamento del poder no son meras construcciones teóricas, diseñadas caprichosamente por la doctrina para organizar la cosa pública. Son instrumentos al servicio de la dignidad de la persona, que surgieron tras cruentos procesos revolucionarios y que han logrado consolidarse a costa de graves conflictos en los que muchos seres humanos dejaron lo mejor de sí mismos.

Este libro parte de reconocer que los sistemas democráticos actuales no son perfectos. Ahora bien, a pesar de sus limitaciones, han garantizado a los ciudadanos una posición que en ninguna otra forma política habían logrado alcanzar. Nuestra ciudadanía se asienta sobre un entramado complejo, resultado de la interconexión de los pilares del Estado Constitucional, esto es, de la afirmación de la soberanía

popular, de los derechos fundamentales, de la división de poderes y del Estado de Derecho. Se trata pues de un edificio complejo, en el que todos los elementos son imprescindibles y se influyen mutuamente. Aunque, a lo largo de los siglos han ido cambiando, responden a la ideología que inspiraron a las revoluciones atlánticas y que, todavía en la actualidad, tienen como eje la fundamentación del poder en un único fin legítimo: asegurar la libertad y la igualdad. Esto significa que, para mantener dicho entramado, hay que seguir insistiendo en las mismas metas.

No es fácil reivindicar el Estado Constitucional en épocas como las que vivimos, cuando las cotas de bienestar vividas en años anteriores están en franco retroceso, los salarios disminuyen y amplias capas de la población no tienen empleo o viven bajo el umbral de la pobreza, mientras los medios de comunicación difunden continuamente noticias sobre casos de corrupción.

No es la primera vez que esta situación se da en Europa y ya sabemos cuáles fueron las consecuencias de abandonar las exigencias del Estado Constitucional. Es cierto que esta forma de Estado no tiene respuesta para todos los problemas y que la solución de muchos de ellos precisa remedios políticos. Pero la quiebra de los pilares del Estado Constitucional, lejos de solucionar las dificultades apuntadas, hace imposible abordarlas. Cualquier reacción que pasara por negar lo que hemos aprendido a lo largo de estos últimos tres siglos no sólo vulneraría la posición de los ciudadanos sino que, como también demuestra la experiencia histórica, resultaría ficticia y estaría destinada al fracaso, al menos a medio o largo plazo.

Por esta razón, este libro no analiza específicamente nuestro ordenamiento. Hay veces que cito expresamente nuestra Constitución, pero es sólo a título de ejemplo y de modo similar a como utilizo otros textos constitucionales que han sido nuestros más inmediatos precedentes, como son las Constituciones italiana o alemana

En parte, estas páginas se mueven dentro del ámbito del patrimonio constitucional común europeo. Esta es una noción poco utilizada en España pero cada vez más extendida fuera de nuestras fronteras y resulta de utilidad para hacer referencia a ese conjunto de principios e instituciones que nos identifican frente a los regímenes autoritarios y totalitarios. Dicha herencia no es sólo resultado del pasado, sino que

se ha visto enriquecida por la edificación de entidades supranacionales, como son el Consejo de Europa y la Unión Europea y, especialmente, por las declaraciones de Derechos dictadas en dichos ámbitos. En la actualidad, nuestros ordenamientos están influidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al margen de la función que estos órganos cumplen a la hora de garantizar sus propios órdenes jurídicos, es innegable que influyen, de manera creciente, en los ordenamientos de los Estados miembros, facilitando una aproximación entre ellos. Estas aportaciones favorecen que cada uno de los países maneje un conjunto de nociones muy cercanas a las que se usan en otros de nuestro entorno y propician que, a pesar de nuestras diferencias de lenguaje, compartamos las mismas ideas, lo que hace más fácil entendernos entre nosotros.

He considerado conveniente, también, servirme de la historia constitucional para comprender la situación en la que estamos ahora. Siempre he pensado que muchas normas e instituciones sólo se entienden si se tienen presente las razones por las que surgen y los problemas concretos que vienen a solucionar. Por eso, me remito al pasado de manera instrumental, sólo como forma de aproximarme al presente.

La primera vez que me enfrenté al asunto sobre el que versa este libro con cierta profundidad fue cuando preparé el concurso para acceder a la cátedra en 1992. En esa ocasión me alejé del concepto de Derecho Constitucional que predomina en España y, en vez de considerarlo como el Derecho que emana de la Constitución, lo traté como el Derecho inherente al Estado Constitucional. Desde entonces, he mantenido el mismo criterio, aunque he ido variando los contenidos. A lo largo de los años me he servido de mucha bibliografía de la que no siempre guardo recuerdo. En el libro hay referencias, pero seguramente no están todas las que serían necesarias. He optado por recoger sólo a los autores que cito textualmente y pido disculpas por anticipado si hay alguno que debería estar y, sin embargo, no figura.

Quiero hacer especial referencia al apoyo recibido por parte de Clara Sastre y Ramón Sastre. La primera insistió en que escribiera estas páginas porque la gente joven, como ella, no sabe lo suficiente de las ideas que inspiran a nuestra forma de organización política, ni de

los peligros que las amenazan. Del segundo siempre he aprendido en cuestiones jurídicas y, sobre todo, de Derecho Administrativo.

Por último, agradezco muy sinceramente la ayuda que he recibido de M. Aragón, Javier Matía y Edmundo Matia. Ellos han tenido la cortesía de leer este libro y compartir conmigo algunas observaciones sobre su contenido. Verán que he seguido casi todas las que me hicieron. En otros casos, quizás erradamente, me aparto de su criterio y mantengo opiniones de las que disienten.

## *Capítulo Primero*

# **Poder, libertad e igualdad**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTENSIDAD DEL PODER POLÍTICO Y SU LEGITIMIDAD. II.1. La generalidad y la coercibilidad del poder político. II.2. Un poder basado en la voluntad humana. III. EL ENTRAMADO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. III.1. Los pilares del Estado Constitucional. III.2. La evolución del Estado Constitucional. IV. LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

### **I. INTRODUCCIÓN**

No tenemos datos suficientes para concluir que el poder político sea un fenómeno inevitable. Aseverar que es consustancial a la naturaleza humana resulta tan arbitrario como afirmar que podemos construir una sociedad en la que nadie tenga autoridad para imponer conductas a otros. El único dato cierto es que el poder político existe y que lleva siglos existiendo. A veces, el poder político puede actuar como garantía de igualdad y de libertad, porque sirve para distribuir la riqueza y evitar la imposición de los fuertes sobre los débiles. Ahora bien, justo es reconocer que ni siempre ha sido así ni siempre lo es ahora.

La historia demuestra que ha habido formas de poder cuya finalidad era servir a quienes lo ostentaban. Este era el caso, por ejemplo, del poder ejercido por los señores feudales, que consideraban a los habitantes de su territorio como parte de su patrimonio. En otras ocasiones, el poder ha servido a intereses que estaban por encima de las personas: el fascismo o el comunismo afirmaban perseguir el bienestar general, pero lo cierto es que los individuos estaban supeditados a la manera en que dichas ideologías concebían el bien común. Estas formas de concebir el poder político no han desaparecido en la actualidad. Todavía siguen existiendo sistemas políticos en los que el poder se entiende como una pertenencia personal,

recibida por herencia, o como un instrumento al servicio del único partido reconocido legalmente.

En los sistemas democráticos contemporáneos, el poder deriva del pueblo y es ejercido por los representantes de los ciudadanos, cuya misión es servir a quienes los han elegido. Ahora bien, no siempre esta tarea se cumple a gusto de todos. Nada impide, además, que los avances en materia de igualdad y democracia sean reversibles. La crisis económica que se desató a partir de 2007 ha provocado retrocesos notables en derechos sociales. Aun en sistemas democráticos consolidados, han aparecido nuevos nacionalismos, movimientos que pretenden excluir a quienes no comparten las señas de identidad del grupo. Hay, además, movimientos populistas que sólo confían en la fuerza que les brinda la mayoría. No reconocen, pues, los límites que el Derecho puede imponer en favor de los derechos de los individuos, sobre todo cuando estos disienten de las decisiones adoptadas por los más.

En definitiva, el poder político puede ponerse al servicio de las personas o constituir un peligro para todas ellas, o al menos para la minoría. Y las amenazas que entraña el poder político son mucho mayores que las inherentes a cualquier otra forma de poder, porque está dotado de una especial intensidad. Este problema ha estado presente en el pensamiento occidental desde hace más de tres siglos y constituyó la chispa que hizo estallar las revoluciones que Á. Garrorena identifica como “atlánticas” [Garrorena Morales, 2011:30]. Primero en Inglaterra –a lo largo del siglo XVII– luego en Estados Unidos –durante y después de la guerra de independencia– y en Francia –ya a finales del siglo XVIII– se fraguó una corriente de pensamiento, heredera de la Ilustración que, a pesar de las variedades de tiempo y lugar, fundamenta y organiza el poder para ponerlo al servicio de los ciudadanos.

Según esta visión, y para evitar el despotismo, el poder se concibe como el resultado de la voluntad humana. El poder, pues, no tiene otra legitimación que la decisión de los seres humanos de crearlo con la finalidad de servir a la propia sociedad. Pero reconocer esta fuente del poder, con ser necesario, no es suficiente, ya que no existen garantías de que, a pesar de este origen, el poder político pueda desviarse de la meta para la que ha sido creado. Para evitar este riesgo, hay

que organizar el poder de una manera determinada, conforme a la estructura que caracteriza a un tipo determinado de Estado, esto es, el Estado Constitucional.

En sus orígenes, esta forma de organización política nace para romper con la arbitrariedad que caracterizaban a la monarquía absoluta y con los vínculos de origen feudal que todavía restringían la libertad de los ciudadanos. La evolución histórica demostró que con esto no era suficiente, sino que era preciso, también, corregir las más graves injusticias sociales con el fin de evitar convulsiones revolucionarias que pusieran en peligro la totalidad de lo edificado. El Estado Constitucional se hace social y asume como tarea hacer que la igualdad sea más real y efectiva a normas jurídicas y resulta posible verificar dicho acatamiento.

El Estado Constitucional, pues, ha experimentado una profunda evolución a lo largo de la historia que ha afectado a todos sus elementos esenciales. Pero uno de los cambios más destacables es el que afecta a la concepción del Derecho que crea, y limita, al poder político. En la actualidad, el entramado del Estado Constitucional está recogido en normas escritas dotadas de una especial jerarquía. Habrá que ver, pues, cuál es la relación que existe entre el Estado Constitucional y la noción contemporánea de constitución.

## II. LA INTENSIDAD DEL PODER POLÍTICO Y SU LEGITIMIDAD

### *II.1. La generalidad y la coercibilidad del poder político*

El poder siempre presupone una situación de superioridad por parte de quien lo ejerce ya que, generalmente, consiste en la imposición de un deber de hacer o de abstenerse de hacer. Por eso, supone una restricción de la libertad de quienes están obligados a obedecer. Así sucede cuando el empresario impone a los trabajadores determinadas condiciones laborales para poder obtener un salario o cuando los progenitores imponen a sus hijos determinadas normas a la hora de compartir el ámbito familiar. Hay que tener presente, además, que las exigencias establecidas por el titular del poder no sólo afectan a conductas externas sino que, en determinadas ocasiones, pueden mo-

verse en el fuero interno de las personas, prohibiendo determinadas creencias u obligando a secundar sólo una.

Desde nuestra óptica actual, la prohibición de determinadas creencias es, quizá, la más difícil de admitir. Pero han existido en épocas anteriores al Estado Liberal, cuando, por ejemplo, la inquisición prohibía el credo de otras religiones que no fuera la católica. Y han existido en épocas mucho más recientes, en Estados de corte autoritario, donde se prohibían otras ideologías que no fueran la del partido oficial.

Si, ya de por sí, toda forma de poder es imposición, todavía lo es más en el caso del poder político. Es cierto que esta forma de autoridad puede utilizarse para favorecer a la sociedad y a sus miembros o, en sentido contrario, ponerse al servicio de una minoría o ejercerse en beneficio sólo de los titulares. Pero, en cualquier caso, el poder político es el que, de todas las formas de poder, está dotado de mayor intensidad.

La fuerza que es inherente al poder político proviene de algunos de sus caracteres. El primero de ellos es la plenitud, o dicho de otro modo, su generalidad. En efecto, el poder político, concebido en su conjunto, no se ciñe a unas materias específicas sino que puede afectar a cualquier aspecto de la realidad. En determinadas formas de Estado, como ocurre en el Estado Constitucional, el poder político puede limitarse mediante el reconocimiento, por ejemplo, de los derechos fundamentales. Puede también dividirse y distribuirse entre distintas entidades territoriales, como sucede en los Estados federales. Pero, en su conjunto, sigue siendo general y pleno. En efecto, respetando sus ámbitos de competencias, las instituciones que ejercen poder político pueden intervenir en cualquier ámbito, aunque sea con la sola finalidad de asegurar la libertad de las personas frente al propio poder o frente a los demás. En definitiva, los fines del poder político ni están preestablecidos ni catalogados, sino que pueden ser mutables e ilimitados, según las exigencias sociales que se van delimitando paulatinamente [Lavagna, 1976: 60].

La segunda característica que sirve para distinguir el poder político de otras formas de poder es su carácter coercitivo. Antes que nada, es un poder que vincula a la persona desde el momento de su nacimiento. De hecho, todavía hoy, la nacionalidad impone al individuo

la sujeción al poder político del Estado al que se pertenece, vínculo que ni siquiera se rompe con el abandono del territorio de ese Estado, ya que muchas normas acompañan a la persona aun cuando ésta se encuentran fuera de sus fronteras. En la actualidad, para escapar al poder político del Estado no basta con salir de su territorio, sino que es preciso renunciar a la nacionalidad. Y casi siempre será para pasar a estar vinculado al poder político de otro Estado.

El fenómeno de los apátridas, es decir, personas privadas de su nacionalidad sin que lleguen a adquirir otra, supone que los seres humanos carecen de obligaciones con respecto a un Estado, pero también de facultades tan básicas como el derecho a disponer de un documento que acredite su identidad. Por eso, el Derecho Internacional lucha contra esta situación, que en algunos casos deriva de castigo impuesto por algunos Estados a quienes mantienen disidencia política. Desde hace décadas, la ONU intenta evitar el fenómeno de la apatridia, en primer lugar, proclamando el derecho a una nacionalidad y la prohibición de privar a nadie de la nacionalidad (art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); en segundo lugar, estableciendo convenciones para impedir esa situación y, en caso de darse, reconocer a los apátridas una serie de derechos básicos (Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 26 de abril de 1954 y Convención para reducir los casos de apatridia de 30 de agosto de 1961).

Pero el poder político es coercitivo también porque la desobediencia a sus imposiciones conlleva una sanción, que puede oscilar desde una multa hasta la pérdida de la libertad personal. Es verdad que otras formas de poder pueden establecer consecuencias adversas al incumplimiento de sus mandatos, como el despido de la empresa o la expulsión de una confesión religiosa. Pero en el caso del poder político, la sanción es mucho más efectiva, porque su cumplimiento se asegura con la posibilidad de usar la fuerza.

Hay ocasiones, como en las dictaduras, en las que el poder político se mantiene básicamente con el uso de la coacción física o en la amenaza de utilizarla. Pero resulta casi imposible sostener el poder únicamente sobre esta base, dado que no hay fuerza capaz de imponerse al mismo tiempo sobre todos los ciudadanos. El poder político puede surgir de la fuerza y, en ciertas circunstancias, puede precisar de la fuerza, pero la fuerza no atribuye legitimidad al poder político.

El poder político necesita pues, otras bases para justificarse y ser aceptado por la mayoría de quienes se encuentran dentro de su esfera de actuación.

## *II.2. Un poder basado en la voluntad humana*

Desde las revoluciones liberales, se superan las formas de justificación del poder que habían existido en el pasado para fundamentarlo exclusivamente en la voluntad humana. Aunque las justificaciones teológicas o históricas del poder no desaparecen completamente, pierden protagonismo a la hora de legitimar el poder político [Bobbio: 1964, 59].

Durante siglos, la teoría más generalizada para justificar el poder político fue la religiosa. Desde este punto de vista, el poder proviene de Dios, quien lo atribuye directamente a determinados titulares. La misión de estos últimos es asegurar el cumplimiento de las normas divinas y aproximar el mundo de los hombres al del Altísimo. Enfrentarse al poder secular significa, pues, enfrentarse indirectamente a la divinidad.

Esta es la manera en que se justificaba el poder del monarca durante la edad media. Pero esta idea persistió a lo largo de la historia y sigue existiendo en la actualidad en algunos países. Franco fue proclamado caudillo de España por la gracia de Dios, tras ganar una guerra civil que se justificó como una cruzada. La justificación teológica del poder pervive en algunos Estados islámicos, donde se entiende que Alá ha confiado el poder a quienes lo ostentan. Así, según el art. 7 de la Constitución de Arabia Saudí, el Gobierno “deriva del poder del Sagrado Corán y de la sunna del Profeta”.

Otra manera de legitimar el poder había sido acudir a la tradición. Según esta visión, la configuración del poder político y su ejercicio por determinados sujetos se había ido decantando a lo largo de la historia hasta adquirir la forma que tiene en un momento dado. Esta manera de fundamentar el poder impedía cuestionar su estructura o su titularidad, porque ambos extremos están por encima de la voluntad que puedan experimentar las personas en un momento determinado. Se admitían, pues, lentos cambios evolutivos pero se rechazan modificaciones radicales, aunque estas contaran con el apoyo de la mayoría de los ciudadanos.

Aunque las revoluciones liberales parten de una visión distinta del poder, la justificación histórica no desaparece completamente, sino que se mantiene durante determinados periodos en los que predomina el liberalismo más conservador. Se utilizó, por ejemplo, para justificar la soberanía que algunas constituciones del siglo XIX atribuyeron a la corona y que dichos textos reconocieran al rey un poder efectivo, que distaba de ser simbólico. La noción de constitución histórica que se analiza en el apartado V de este capítulo supone una buena muestra de esta manera de legitimar el poder.

La justificación del poder más próxima a nosotros es la que fundamenta el poder en la voluntad de los ciudadanos. Son los individuos quienes, mediante consenso, deciden crear el poder político y configurarlo con una determinada estructura. Al hacer esto, los individuos no buscan fines trascendentes o mantener la continuidad histórica, sino que deciden poner al poder político al servicio de la comunidad. La finalidad de ese poder, creado por todos es, pues, alcanzar el bienestar general.

Las raíces de esta concepción están en la Ilustración y, fundamentalmente, en las teorías del contrato social. Los tres autores que mejor la formulan son T. Hobbes, J. Locke y J.J. Rousseau. Es verdad que, entre ellos, hay diferencias esenciales. Así T. Hobbes, en el *Leviatán* (1651) con una construcción que será clave para entender conceptos tales como la representación, justificó en su momento el poder absoluto del Estado y del monarca. J. Locke, en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (1689) dará paso a una concepción liberal del poder y es el que tendrá una decisiva influencia en la posterior evolución del constitucionalismo. Rousseau, en *El Contrato Social* (1762) anticipa los primeros planteamientos democráticos.

En muchas ocasiones se ha reprochado a Rousseau identificar la voluntad general con la voluntad de la mayoría. Por esta razón, se dice, su teoría del contrato olvida los derechos de la minoría y justifica la dictadura de la mayoría. Buena prueba de ello es que, según esta opinión, sus ideas inspiraran los abusos cometidos por Robespierre y el resto de los jacobinos en la etapa de radicalización de la revolución francesa. Frente a este tipo de críticas cabe recordar que *El Contrato Social* no es un programa político, sino un ensayo sobre el poder, escrito cuando todavía perduraba el

antiguo régimen. Aplicar nuestra visión política actual, formada tras siglos de experiencia constitucional, al análisis de autores que escribieron hace más de tres siglos, supone dos osadías: primero, otorgar carácter retroactivo a nuestra mentalidad actual y, segundo, exigir a los autores del pasado el don de la clarividencia.

A pesar de las diferencias que existen entre ellos, los autores citados asientan sus concepciones en elementos comunes, como son partir de la vida de los hombres en un estado de naturaleza, situación que estaba afectada por limitaciones que hacen preciso superarla. Además, los tres defienden un hipotético contrato social, mediante el cual los individuos pactan ceder su libertad natural para crear el poder político. La misión de este poder es superar los defectos del estado de naturaleza, por lo que, incluso en el caso de T. Hobbes, el poder surge para mejorar la posición de los ciudadanos.

Las analogías entre T. Hobbes y J. Locke son, desde luego, mayores, dado que parten de que el contrato ya está firmado, aunque sea de manera figurada. Mediante el mismo se trata de exigir al poder una conducta determinada, como sucede en caso de J. Locke, o de justificar el poder absoluto del monarca, lo que hace T. Hobbes. El caso de J.J. Rousseau es distinto. Para él, el contrato social no se ha realizado todavía, dado que, el hombre, aunque ha nacido libre, “por todas partes se encuentra encadenado” [Rousseau: 15]. Para cambiar esta situación, propugna un contrato social que permita construir una nueva sociedad y una nueva forma de poder político, en la que el hombre, por obedecer a la voluntad general, se obedezca a sí mismo.

Para Hobbes, el estado de naturaleza está lleno de dificultades porque los hombres, a pesar de gozar de independencia, igualdad y propiedades, carecen de seguridad. Para garantizar la propia pervivencia, deciden pactar un contrato social. Contrato que es de enajenación, porque los individuos renuncian a su soberanía y a sus derechos naturales para cedérselos al nuevo poder creado. La fórmula del pacto es, literalmente, “autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a ese hombre o a esa asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante” [Hobbes, 267]. La misión de quien adquiere tal poder es, precisamente, garantizar los derechos que, tras el contrato, dejan de ser naturales para transformarse en civiles, porque su contenido depende de lo que el poder considere oportuno. Y, además, el

contrato social no tiene marcha atrás: los hombres han cedido su soberanía, por lo que, aunque el gobernante incumpla sus compromisos y no sea capaz ni tan siquiera de garantizar la paz social, no es posible revocarlo y elegir a otros titulares. Para el autor, aunque el poder lesionara el honor y los derechos de los súbditos, es más lesiva la falta de poder soberano porque “aunque a tal poder ilimitado los hombres puedan representarse muchas malas consecuencias, las consecuencias de su falta –que son una guerra perpetua de cada hombre con su vecino– son mucho peores”. No es de extrañar que Hobbes calificara al poder así generado como el “gran Levitan, o más bien, por hablar con mayor reverencia, de ese DIOS MORTAL a quien debemos, bajo el DIOS INMORTAL, nuestra paz y defensa” [Hobbes: 267].

J. Locke configura el contrato de manera distinta. Para el autor los hombres, en el estado de naturaleza, gozan pacíficamente de su libertad, igualdad y propiedad, pero necesitan perfeccionar esos derechos. La ausencia de una ley conocida por todos, así como de un poder independiente que la aplique y juzgue de forma imparcial su incumplimiento, genera inseguridad para la conservación de la vida y de los derechos. Por eso, mediante el contrato social, los hombres ceden el ejercicio de su soberanía a unos delegados. A diferencia de T. Hobbes, J. Locke configura dicho pacto como un contrato de mandato, porque la cesión del poder se hace de manera condicionada, con la finalidad de asegurar mayor bienestar de los ciudadanos. Estos no pierden la titularidad del poder, de manera que, si los gobernantes no son capaces de cumplir la misión que tienen asignada, pueden ser revocados y sustituidos por otros más capacitados. Además, los hombres no renuncian a parte de los derechos que disfrutaban en el estado de naturaleza, sino que, mediante el contrato, cambian su carácter, porque su ámbito y límites estarán configurados por la ley. La función del pacto social es pues, asegurar “una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios y una salvaguarda mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad” [Locke, 73].

Las ideas de Locke tuvieron una repercusión inmediata, inspirando la evolución de la monarquía constitucional británica. Más adelante, estarán presentes en el pensamiento de los colonos norteamericanos cuando deciden separarse de la metrópolis. En efecto, uno de los textos de la historia constitucional que más se aproxima a la concepción de J.

Locke es la declaración de independencia norteamericana, de 4 de julio de 1776. Para justificar la ruptura con los británicos, dicho texto afirma

“Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”.

### III. EL ENTRAMADO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

#### *III.1. Los pilares del Estado Constitucional*

Más adelante tendremos ocasión de analizar la repercusión que estas distintas visiones del contrato social tuvieron en otras cuestiones de relevancia, tales como los derechos fundamentales. Por ahora, conviene subrayar que es esta concepción del poder la que conduce a la formación del Estado Constitucional. En capítulos posteriores podremos analizar con detenimiento esta forma histórica y determinada de Estado, que surge con las primeras revoluciones liberales. A través de su construcción, se rompe con la monarquía absoluta, que se justificaba a veces en la tradición y otras en su origen divino. El Estado Constitucional sufre, además, intensas modificaciones desde sus orígenes hasta la actualidad. Pero, desde esos primeros momentos y hasta la actualidad, dicha forma de organización política surge para fundamentar el poder sobre el consenso de los ciudadanos y con una finalidad precisa: procurar el bienestar de quienes lo han creado.

Esta manera de concebir el origen y la finalidad del poder político dota al Estado Constitucional de una estructura determinada.

Así, en primer lugar, conlleva que la titularidad de la soberanía no radique en ninguno de los poderes o instituciones del Estado, sino fuera del aparato estatal, esto es, en la sociedad. Como veremos en el capítulo II, esta colectividad puede ser la nación o el pueblo. A veces, en las formas de constitucionalismo más conservadoras, el monarca sigue compartiendo un poder que ostenta por derecho propio. Pero, a pesar de estas variaciones y, en algunos casos, restricciones, la comunidad se erige como poder constituyente, esto es, como fuente de toda autoridad, de la que emanan las instituciones en las que se organiza el Estado.

Antes se señalaba que, por influjo de las teorías del contrato social, el poder político no se justifica en sí mismo sino por su finalidad: servir a la sociedad que lo ha creado. En un primer momento, el bienestar de los ciudadanos coincide, básicamente, con la independencia, porque se supone que la única misión del Estado es asegurar una esfera de libertad para que los individuos consigan su propio provecho. Con el paso del tiempo, y como veremos en el siguiente apartado, el Estado asume más obligaciones, ya que también se le atribuye la tarea de atemperar la injusticia social. Pero, en todo caso, se trata de garantizar la posición jurídica de los ciudadanos frente al poder político. Para evitar que este último ponga en riesgo este valor, el poder del Estado se fracciona y se limita.

Requisitos del Estado Constitucional son, pues, la división de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales. La primera arranca de que la concentración de poder en unas solas manos genera el riesgo de despotismo, por lo que el poder del Estado se divide en funciones y cada función se atribuye a un órgano. Mediante el segundo, y siempre en línea con lo afirmado por las teorías del contrato social, se reconoce que existen derechos que son inherentes a la condición humana y, por tanto, anteriores al propio Estado, derechos que constituyen el fundamento y la finalidad del propio poder.

Aunque la soberanía de la colectividad, la división de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales son requisitos indispensables para que exista el Estado Constitucional, no son, sin embargo, suficientes. Además de ellos, es preciso evitar que el poder se comporte de manera despótica, poniendo en riesgo la posición de las personas mediante órdenes arbitrarias.

El Estado, para ser constitucional, debe ser, pues, Estado de Derecho. Ello implica, en primer lugar, que el poder público esté sometido a normas jurídicas. Son, ante todo, la constitución, expresión de la voluntad soberana del pueblo, y la ley, elaborada por representantes elegidos directamente por los ciudadanos, las disposiciones que establecen lo que los poderes públicos pueden hacer y cómo deben hacerlo. Junto a ello, y desde el punto de vista de los individuos, es preciso garantizar la seguridad jurídica. El poder público no puede manifestarse a través de dictados individuales y caprichosos, sino que debe actuar de manera que las personas puedan saber, de antemano, cuáles van a ser los resultados de sus acciones. El Estado de Derecho exige, pues, que el poder se someta a normas jurídicas, pero impone, además, que se manifieste a través del Derecho.

La idea de Estado de Derecho conlleva implícita la necesidad de controles, porque es preciso verificar que las limitaciones impuestas por el Derecho se cumplan. Como ha afirmado M. Aragón “limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero. Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable” [1984, 90]. De estos asuntos deberá hablarse con más detalle en el capítulo V.

Resumiendo las últimas afirmaciones que se acaban de realizar, puede afirmarse que el Estado Constitucional es ese tipo de organización política en la cual la soberanía radica fuera de la propia organización estatal, es decir, en la comunidad. Es, pues, la sociedad la que crea el poder del Estado, atribuyéndolo a unos determinados órganos. Pero para garantizar la seguridad de los miembros de la comunidad, dicho poder se somete a Derecho. Además, para evitar que existan abusos que pongan en peligro la libertad de los individuos, dicho poder se divide, de manera que el poder frene al propio poder, y se limita, mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales. [Biglino: 1992, 78].

Soberanía en la comunidad, división de poderes, reconocimiento de derechos fundamentales y Estado de Derecho son, pues, los pilares sobre los que se asienta el Estado Constitucional. Antes de seguir ade-

lante, conviene advertir que ni siempre se atribuye a estos elementos la misma importancia, ni tampoco se les reconoce sustantividad propia.

El problema no es meramente teórico, sino que puede adquirir extraordinaria relevancia práctica, porque el Estado Constitucional no puede cumplir con la misión que tiene establecida si no es respetando todos y cada uno de los elementos sobre los que se fundamenta. No basta, por ejemplo, con proclamar la soberanía de la comunidad y una visión participativa del proceso político si no se reconocen, además, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho. En caso de que la mayoría no conozca límites, la consecuencia será, inevitablemente, un sistema despótico donde las minorías carecerán, al menos, de los derechos necesarios para hacer propaganda de sus ideas y convertirse, en su momento, en mayoría. La mayoría se expresa, además, a través de la ley, por lo que está vinculada a dicha norma mientras no decida cambiarla. Imponer al poder el respeto al Derecho no puede concebirse como un límite al principio democrático sino, todo lo contrario, como la máxima expresión del mismo, porque la democracia consiste también en la obediencia a la ley que nos hemos prescrito.

### *III.2. La evolución del Estado Constitucional*

En la manera en que se acaba de describir, el Estado Constitucional ha experimentado notables transformaciones desde sus orígenes hasta nuestros días. Hay que tener presente, además, que asume formas diferentes en los distintos países donde prospera, dado que su estructura se adapta a las características peculiares de cada uno de ellos. A pesar de esta variedad de tiempo y de lugar, es posible identificar dos grandes etapas en la evolución de dicha forma de organización política. La primera de ellas es el Estado Liberal de Derecho, que surge como resultado de la lucha por romper el régimen de concentración y patrimonialización del poder característico del antiguo régimen. La segunda de ellas es el Estado Social y Democrático de Derecho, que se mantiene hasta nuestros días.

Durante la primera de estas dos fases, que llega casi hasta principios del siglo XX, la principal misión que se atribuye al Estado es garantizar la libertad, entendida ésta como ausencia de impedimentos

externos. La finalidad del Estado consiste, pues, en asegurar a los ciudadanos una esfera de independencia en la que el poder sólo puede intervenir para hacer compatible la libertad de cada uno con la libertad de los demás.

Es cierto que, en esta primera etapa, también se reconoce la igualdad formal, es decir, la igualdad de todos ante la ley. Pero esta forma de igualdad casi coincide con la libertad, dado que pretende asegurar que, en la búsqueda del propio bienestar, todos se encuentren en la misma línea de partida, sin que haya más obstáculos para unos que para otros. Se trata, pues, de eliminar los privilegios que disfrutaban algunos sectores estamentales (fundamentalmente la nobleza y clero) y de suprimir los vínculos de sujeción personal que caracterizaron al antiguo régimen.

Estas finalidades determinan, indirectamente, las funciones del Estado. Para garantizar la libertad y la igualdad así entendidas, el Estado no puede inmiscuirse en la vida social y económica. Estos son ámbitos donde el protagonismo corresponde únicamente a los individuos quienes, en búsqueda de su felicidad, consiguen como resultado el bienestar de todos. La felicidad del conjunto de la sociedad es, pues, el resultado automático de la búsqueda individual del propio provecho.

Desde esta visión, la misión del poder político se reduce a asegurar que los ciudadanos puedan desarrollar sus actividades sin impedimentos. En línea con lo sostenido por algunas de las interpretaciones del contrato social antes analizadas (y más concretamente, con los planteamientos de J. Locke), el Estado debe limitarse a garantizar la seguridad en el interior, mediante la acción de policía, y frente al exterior, defendiendo a la comunidad de amenazas extranjeras

El Estado Constitucional se configura, en su segunda etapa, como Estado Social y Democrático de Derecho, que es consecuencia de los cambios que el poder político experimenta tras el reconocimiento del sufragio universal masculino. Aunque sus primeras formas aparecen en el período de entreguerras, en países como Alemania, España o México, dicha fase sólo se consolida en algunos países de la órbita occidental tras la segunda guerra mundial.

En algunos casos, la propia constitución proclama la naturaleza del Estado. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el art. 1.1

CE, que proclama que “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político” Ocorre también en otras constituciones de nuestro entorno, aunque con formulaciones diferentes. Así, el art. 2 de la Constitución portuguesa proclama que “la República Portuguesa es un Estado de derecho democrático, basado en la soberanía popular, en el pluralismo de expresión y organización política democráticas, en el respeto y en la garantía de efectividad de los derechos y libertades fundamentales y en la separación e interdependencia de poderes, que tiene por objetivo la realización de la democracia económica, social y cultural, así como la profundización de la democracia participativa”. Otro buen ejemplo es el art. 20 de la Constitución alemana, donde se afirma que la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social cuyos poderes ejecutivo y judicial están sometidos a la ley y al Derecho.

La fórmula se ha extendido a algunos países de América Latina. Por ejemplo, la Constitución colombiana proclama, en su art. 1, que Colombia es un “Estado social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

El Estado Social y Democrático de Derecho conserva como principal finalidad garantizar la libertad y la igualdad de todos ante la ley. Lejos de renunciar a estos valores, el poder político perfecciona la manera de asegurarlos, mediante un reconocimiento más detallado de los derechos en los que se concreta y estableciendo nuevas maneras para preservarlos. Pero además, y por ser democrático, el Estado asume como finalidad hacer que la igualdad sea más real y efectiva, para conseguir que, como afirmó J.J. Rousseau en su momento, “ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para poder comprar a otro y ninguno tan pobre como para verse obligado a venderse” [Rousseau, 54].

Para conseguir esa igualdad sustancial, las funciones del Estado se enriquecen. Lejos de limitarse a garantizar la seguridad interior y exterior, el Estado interviene de manera muy activa en las relaciones

económicas y sociales. La actividad del Estado se explica, en primer lugar, por la necesidad de racionalizar sistemas económicos mucho más complejos e internacionalizados de los que existieron en épocas anteriores. No sólo se trata de evitar, o de paliar, las peores consecuencias de las crisis económicas sobre la vida de los ciudadanos, sino también de regular sectores altamente tecnificados (como las telecomunicaciones o las tecnologías de la información) donde resulta difícil conciliar los intereses de unos con los derechos de los demás.

Junto a ello, el Estado asume políticas activas al servicio de los sectores más desfavorecidos de la sociedad. La prestación de derechos sociales, como son la educación o la sanidad, o la legislación protectora de grupos sociales en situación de desventaja, tales como trabajadores, consumidores, infancia o tercera edad, configuran al Estado como árbitro de las relaciones sociales. Su papel ya no consiste en ser mero espectador de unas relaciones sociales en las que sólo juega la voluntad de los individuos, sino en equilibrar la balanza en favor de quienes carecen de medios o de fuerzas suficientes para defenderse por sí mismos.

Es verdad que, en los últimos tiempos, determinadas políticas están poniendo en cuestión este “contenido social” del Estado contemporáneo. En el sur de Europa, sobre todo, la contención del gasto ha generado un duro recorte de las prestaciones sociales y que se haya atenuado el papel nivelador del Estado, sobre todo con respecto a los trabajadores. Aun así, ninguna fuerza política mayoritaria ha puesto seriamente en duda (al menos por el momento) la necesidad de seguir proporcionando a los ciudadanos los derechos sociales recogidos en nuestra Constitución. El debate actual se centra, más bien, en cómo prestar esos servicios (si directamente por el poder público o externalizándolos a través de particulares) y en el porcentaje de presupuesto destinado a dicha finalidad.

La evolución del Estado Constitucional a lo largo de los siglos en que lleva en funcionamiento ha sido, pues, muy acusada. La titularidad de la soberanía, las formas de participación de los ciudadanos en el Estado, los derechos reconocidos o la manera de dividir el poder, entre otros extremos, han sufrido intensas modificaciones, asunto del que se tratará en las páginas siguientes. Aun así, los elementos estructurales a los que antes se hacía referencia siguen vigentes y

sirven para identificar al Estado Constitucional con respecto a otras formas políticas que han existido y siguen existiendo en la actualidad, como pueden ser las dictaduras socialistas o los regímenes de corte autoritario.

Por ahora, merece la pena subrayar la profunda evolución que ha experimentado uno de los pilares sobre los que se asienta el Estado Constitucional, esto es, su definición como Estado de Derecho. En efecto, en el continente europeo, el tránsito del Estado Liberal al Estado Social y Democrático de Derecho supuso la consolidación del concepto de Constitución como norma jurídica suprema y la correlativa aparición del control de constitucionalidad. Ambos extremos suponen la sumisión de todos los poderes del Estado, incluido el legislador, al Derecho recogido en la norma fundamental y una fiscalización más intensa sobre poderes creados por la propia norma fundamental. Sin perjuicio de tratar con más detenimiento esta cuestión más adelante, conviene adelantar la noción de Constitución que se utilizará en estas páginas, así como su relación con la noción de Estado Constitucional que se esboza en apartado IV.

#### IV. LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Como todas las palabras que se utilizan frecuentemente en el lenguaje ordinario, el término constitución puede contener múltiples sentidos. Así, en algunas ocasiones, la idea de constitución se utiliza para hacer referencia a la esencia y cualidades de una cosa que la constituyen como tal y la diferencian de las demás. Considerada de esta forma, se aplica a cualquier cuerpo, tanto natural como social. Conlleva la idea de prioridad, preeminencia y permanencia del todo sobre sus partes [Mortati:1962, 131].

Esta acepción de la palabra constitución puede también referirse a un sistema político. En este caso, pretende identificar su organización más esencial, aislando los elementos fundamentales de su estructura. Entendida de este modo, es decir, como constitución material, se ha utilizado frecuentemente a lo largo de la historia del pensamiento desde la época de Aristóteles.

Fue, sin embargo, a partir de las revoluciones liberales, cuando se concretó como concepto material o sustancial de constitución. En este sentido, surge en abierta polémica con el pensamiento revolucionario. El liberalismo había concebido la constitución como un instrumento para edificar un nuevo orden político. Por este motivo, se sostenía que era una norma capaz de organizar el poder del Estado imponiendo una nueva y racional estructura, fundada en la voluntad de la comunidad. Frente a esta pretensión, el pensamiento conservador identificó la constitución con la propia realidad política, tal y como había sido configurada por la historia o por el espíritu del pueblo. Siendo un fruto espontáneo de la naturaleza, la voluntad humana no podía pretender modificarla sustancialmente.

Un ejemplo de este tipo de concepción es la idea de constitución interna expresada por A. Cánovas del Castillo. Para Cánovas, la constitución política no puede ser obra en sus líneas esenciales de una voluntad instantáneamente determinada, sino de la voluntad nacional expresada en la lenta creación de la historia. Por debajo de la constitución escrita, formal, existe una constitución interna, respecto de la cual aquella no es más que glosa y especificación [Diez del Corral, 578]. Esta orientación es la que predominó a la hora de elaborar la Constitución de 1876. En efecto, las Cortes aprobaron todo su texto, con excepción del título dedicado a la Corona, ya que el poder del monarca no derivaba de la soberanía nacional, sino que se justificaba por formar parte de la constitución histórica de nuestro país.

Este modelo de constitución no sólo fue defendido por los sectores conservadores, sino que también fue esgrimido por ciertos sectores del pensamiento socialista, quienes, igualmente, identificaron la constitución con los factores reales de poder que rigen en un país determinado.

Este es el caso de F. Lasalle, para quien la constitución jurídica no es más que una hoja de papel que da expresión escrita a las relaciones de dominación existentes [Lasalle: 42].

No es posible, en este contexto, profundizar en las diferentes líneas de pensamiento que propugnaron la idea de constitución material a la que se alude. Hay que reconocer que esta noción es sin duda sugestiva, y puede tener un indudable interés como instrumento para comprender un determinado régimen político. Pero sus ca-

racterísticas impiden que se instale como noción central del Estado Constitucional.

Es, en efecto, un concepto dotado de una excesiva generalidad, cuya utilización llevaría a concluir que cualquier organización política tiene constitución. Aunque un determinado sistema careciese de reglas fijas de gobierno, o representase un régimen arcaico de despotismo y arbitrariedad, presentaría unos rasgos básicos que servirían para identificarlo. Junto a ello, es una noción excesivamente heterogénea, compuesta por elementos de distinta naturaleza, cuyo único denominador común consiste en afectar a la forma de ser de un determinado sistema político.

En la actualidad, la idea de constitución que predomina en el Derecho Constitucional contemporáneo es una noción más técnica y restringida, que M. García Pelayo identificó como concepto racional-normativo de constitución [2000, 34]. Ésta noción es la que orientó a los norteamericanos en su lucha por la independencia y a los revolucionarios europeos en su aspiración de crear un nuevo orden social y político. Es, en definitiva, el que F. Rubio Llorente denomina concepto clásico de constitución [2013, Vol. I: 89].

La concepción dominante de constitución enlaza con sus primeros planteamientos en la exigencia, en primer lugar, de determinados requisitos de carácter formal. Así sólo puede utilizarse la denominación de constitución cuando estamos en presencia de una norma que actúa dotada de superioridad con respecto al resto de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Tiene que ser, por tanto, norma jurídica fundamental o norma de las normas, en la expresión generalizada por E. García de Enterría [1981, 106]

Junto a ello, tiene que tener un origen determinado, ya que ha de ser una manifestación del poder constituyente de la comunidad, quien decide, por medio de dicho acto fundacional, la manera en que se ejerce el poder. Pero, además, la constitución debe poseer un contenido preciso. En efecto, y desde su origen, se reserva la denominación de constitución para aquellas normas en las que se intenta garantizar la libertad, por medio del reconocimiento de los derechos fundamentales y del principio de división de poderes.

En este tema, el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sigue siendo de obligada referencia,

al disponer que “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.

En el sentido que se le da en estas páginas, el concepto de constitución coincide en gran medida con la noción de Derecho Constitucional. Y no puede ser de otra forma.

En efecto, en casi todos los ordenamientos de nuestro entorno, es la constitución la norma que, recogiendo los requisitos básicos del Estado Constitucional, regula su estructura. Sin embargo, no cabe identificar la noción de Estado Constitucional con la idea de constitución, por dos motivos esenciales.

El primero de ellos radica en la existencia de Estados Constitucionales que, sin embargo, no están dotados de una constitución escrita dotada de supra-legalidad. Este es el caso del Reino Unido. En este país, el Estado Constitucional comienza a implantarse tras los dos procesos revolucionarios del S. XVII y, desde entonces, no ha sufrido paréntesis ni quiebras. No ha sido, pues, necesario recoger en un único documento los límites impuestos al poder político. Por este motivo, se puede reconocer que el Reino Unido es un Estado Constitucional, donde se respetan los mismos principios que caracterizan materialmente al concepto de constitución. Pero ello no supone afirmar que tenga constitución, dado que ni estos principios están recogidos en todas las ocasiones en normas jurídicas, ni tampoco existe una norma suprema capaz de imponerse a los poderes constituidos, en especial al Parlamento.

Puede existir, por tanto, Estado Constitucional sin que exista una norma dotada de supremacía. No puede realizarse, sin embargo, la afirmación contraria. No cabe en efecto mantener que exista constitución en un Estado que no sea constitucional. Cuando el Estado se organiza de manera distinta a la analizada anteriormente, porque persigue finalidades diferentes de la libertad de los ciudadanos, ni existe Estado Constitucional ni existe constitución. Puede ser que dicha organización política posea una norma dotada de superioridad, norma que podrá denominarse de muchas maneras, pero que no puede definirse como constitución, en el sentido estricto de la palabra. Utilizando la expresión que F. Rubio Llorente toma de G. Jellinek, se

trataría de “simple despotismo de apariencia constitucional” [2013, Vol. I: 90].

En segundo lugar, hay que tener presente que, cuando hay constitución, ésta es la primera de las normas del ordenamiento jurídico. Aun así, suele suceder que no toda la estructura del Estado Constitucional esté en la constitución, ni todo lo que esté en la constitución esté relacionado directamente con los pilares estructurales del Estado Constitucional.

Así, hay que tener presente que, en muchas ocasiones, la constitución recoge únicamente las líneas fundamentales de algunos de los poderes o de las instituciones del Estado, los contenidos básicos de los derechos fundamentales, o reglas y principios que deben ser desarrollados por el legislador. Las leyes dictadas por este último aparecen previstas expresamente por la norma fundamental y enlazan con los fundamentos del Estado Constitucional, pero carecen de la posición jerárquica que corresponde a la norma fundamental, por lo que no son constitución.

En nuestro país, esto es lo que sucede, por ejemplo, con la estructura básica del Gobierno, cuya regulación se remite a la ley en virtud del art. 98, 1 CE, o con el Tribunal Constitucional, cuyas funciones pueden exceder de las previstas expresamente en la Constitución, por lo dispuesto en el art. 161. 1. d) CE.

En materia de derechos fundamentales, las remisiones al legislador son todavía más frecuentes dado que la Constitución no cierra cuestiones tan esenciales como pueden ser los casos en los que se puede privar a una persona de su libertad (art. 17.1 CE) o las condiciones para acceder a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE).

Sin duda, el ámbito donde la disociación entre Derecho Constitucional y Constitución es más llamativa es la división territorial del poder. En este caso, la Constitución dejó abiertas cuestiones tan esenciales como el propio diseño del mapa autonómico, ya que nuestra norma fundamental no enumera las Comunidades Autónomas que luego se crearían, no cierra las competencias que les pueden corresponder ni prevé en todos los casos cuáles sean sus instituciones de autogobierno. La falta de acuerdo entre los constituyentes acerca de dichos asuntos propició que estos, y otros extremos, quedaran remitidos a los Estatutos de Autonomía, nor-

mas de rango inferior y, por lo tanto, subordinadas a la propia constitución. Sucede, pues, que esta importante faceta de nuestro Estado Constitucional carece de la fuerza normativa que es inherente a la constitución.

Además, y como antes se mencionaba, también puede ocurrir el fenómeno inverso, esto es, que la constitución recoja disposiciones que no ordenan la estructura constitucional del Estado. Hay que reconocer que estos preceptos están dotados de la fuerza normativa de la constitución, por lo que constituyen límites para el legislador. Pero no están relacionados con los pilares básicos del Estado Constitucional, porque no conectan con los derechos fundamentales, la soberanía popular, la división de poderes o el Estado de Derecho.

Los ejemplos de este tipo de disposiciones en nuestra Constitución no son demasiado numerosos, aunque hay alguno. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 132 CE, que se refiere al régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales. Más llamativo es lo que ocurre en otros países, donde factores tan distintos como la iniciativa de referéndum o la conveniencia de asegurar, con la fuerza de la constitución, determinadas decisiones políticas, han llevado a introducir cuestiones pintorescas en la norma fundamental. Por ejemplo, la Constitución suiza regula, en su art. 75.b.36, el porcentaje de segundas residencias que puede existir en los municipios, mientras que el art. 84.2 dispone que el tráfico transalpino, a través de Suiza, debe realizarse por vía férrea.

Más curioso es, todavía, lo que explicaba J.A. Gardner [1992] en un estudio acerca de las constituciones de los Estados miembros norteamericanos llevado a cabo en los años 90. Según el autor, dichos textos no responden siempre a la naturaleza que debe ser propia de la constitución, y que radica no sólo en su autoridad formal, sino también en su especial contenido. Esta característica, presente en la Constitución federal, se debilita en las de los Estados. En efecto, en estos textos aparecen frecuentemente normas que son el resultado de la negociación política pluralista sobre materias cotidianas y que, en propiedad, deberían ser tratadas por la ley. Cita como ejemplos de esta afirmación la Constitución de Nueva York, que contiene disposiciones que especifican la anchura de las pistas de esquí en el Adirondack Park (art. 14, & 1); la Constitución de California, que especifica la

forma en la que deben calcularse las tasas en los campos de golf (art. 13, & 10); y la Constitución de Tejas, que regula el uso de los cajeros automáticos (art. 16, & 16).



## Capítulo Segundo

# Los titulares del poder

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTENIDO DE LA SOBERANÍA. II.1. La configuración de idea de soberanía. *II.1.a). Cuantos estados, cuantas dominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana... II.1.b) Poder absoluto y perpetuo de una república.* II.2. La erosión de la soberanía. III. LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA. III.1. La representación del nuevo soberano. *III. 1. a) Representación frente a identidad. III.1.b) Mandato representativo, delegación de soberanía.* III.2. Los límites a la representación el Estado Liberal. *III.2.a) Las incógnitas de la nación. III.2.b) Corona, senado y ley.* III.3. La soberanía en el Estado Social y Democrático de Derecho. *III.3.a) El pueblo, un concepto eminentemente jurídico. III. 3. b) Grandezas y miserias de las nuevas formas de participación.* IV. PARTIDOS POLÍTICOS Y REPRESENTACIÓN. IV.1. Partidos de notables y partidos de masas. IV.2. Funciones y disfunciones de los partidos en las democracias actuales.

## I. INTRODUCCIÓN

El poder político, tal y como se ha descrito en las páginas precedentes, ha asumido muchas formas a lo largo de la historia. Pocas veces, sin embargo, ha alcanzado las dosis de concentración que adquirió con la aparición del Estado moderno. Antes del Estado Constitucional, en la época de la monarquía absoluta, se produce una estrecha vinculación entre el Estado y la nueva forma del poder, que empieza a definirse como soberanía. La conexión entre ambos términos se mantiene con la aparición del Estado Constitucional, seguramente favorecida por el hecho de que la mayoría de los Estados europeos del siglo XIX son monarquías y, además, son formaciones unitarias en las que el poder está altamente centralizado.

Por esta razón, la idea de soberanía, concebida como poder independiente y supremo, comienza a resultar poco operativa en cuanto se rompe la unidad estatal y empiezan a aparecer formas territoriales dotadas de mayor complejidad. Comienza a estar en discusión con la aparición de

los primeros Estados federales, en épocas tan tempranas como es finales del XVIII, cuando se aprueba la Constitución estadounidense. La crisis de la soberanía se profundiza posteriormente con la aparición y consolidación de organizaciones supranacionales, como es la Unión Europea. La aparición de poderes políticos por encima y por debajo del Estado obliga a repensar críticamente la idea de soberanía y, sobre todo, a medir la funcionalidad que puede tener en los momentos actuales.

Al igual que el contenido de la soberanía ha ido cambiando, también la titularidad de la soberanía ha experimentado profundas modificaciones. En el capítulo anterior se mencionó que la aparición del Estado Constitucional transformó radicalmente la manera de configurar la titularidad del poder. Frente a su concentración en manos del monarca, la nueva forma de organización política proclamó que la comunidad era la única fuente de toda autoridad. Pero este cambio fue, a veces, paulatino y no estuvo exento de retrocesos. Aunque, después de los primeros movimientos revolucionarios, la nación se erigió como origen del poder, hubo momentos posteriores en los que, para consolidar las conquistas del Estado Liberal, se hizo preciso pactar con el pasado y reconocer que el monarca también era titular originario de una autoridad equiparable a la que correspondía a los representantes de la nación. La idea de que los ciudadanos son la única fuente de autoridad sólo se consolida con el reconocimiento del sufragio universal. Fue entonces cuando se superaron las ambigüedades que afectaban a la idea de nación, mediante la construcción de una noción de pueblo ligada a la definitiva consagración de nuevas estructuras democráticas. El Estado Social y Democrático de Derecho supuso, pues, una nueva transformación en la manera de configurar el poder político que trajo, como consecuencia indirecta, el robustecimiento de los partidos políticos, cuyo papel protagonista en la formación de la voluntad de los ciudadanos ha sido, desde el principio, asunto rodeado de polémicas.

## II. EL CONTENIDO DE LA SOBERANÍA

### *II.1. La configuración de idea de soberanía*

Antes se señalaba que la noción de soberanía nace asociada a la necesidad de concentrar el poder, por lo que, tal y como seguimos

definiéndola, sólo aparece con el Estado Moderno. Como afirma G. Jellinek no es un concepto descubierto en un gabinete de sabios extraños al mundo [1981, 327], por lo que, para entenderla adecuadamente, es preciso remontarse a los momentos anteriores a la aparición del Estado Constitucional. Sólo si tenemos en cuenta que es una noción acuñada para afirmar la autoridad del príncipe frente la dispersión del poder característica de la edad media, es posible comprender el significado que tuvo entonces, siguió teniendo durante la evolución del Estado Constitucional y puede tener en la actualidad.

La conformación de la noción de soberanía corre en paralelo a la construcción del concepto de Estado. Durante la edad media, el poder político se hallaba distribuido en múltiples cuerpos sociales. Por debajo del príncipe, núcleo de lo que posteriormente será el Estado, los señores feudales, las ciudades o los gremios ejercían formas de autoridad, como la impartición de justicia, que ahora sólo asociamos al poder público. Lo mismo sucedía con otras organizaciones que estaban por encima del reino, esto es, la Iglesia y el Imperio. Todas estas entidades ejercían un poder originario y autónomo, porque ostentaban dicha autoridad por derecho propio y no por delegación del príncipe. Pues bien, esta manera de organizarse el poder evoluciona y sufre un doble proceso de concentración. De un lado el poder se centraliza en el reino y, dentro del reino, aunque de manera muy paulatina, el poder se concentra en manos del monarca. A partir de ese momento, se entiende que sólo se podrá ejercer poder político por delegación de la corona.

### **II.1.a) Cuantos estados, cuantas dominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana...**

Antes de seguir adelante, conviene señalar que generalmente se atribuye a N. Maquiavelo la primera utilización de la palabra Estado en un sentido similar al que se le atribuye ahora. En efecto, este autor escribe *El Príncipe* en 1513, precisamente cuando el Estado Moderno, regido por un monarca con crecientes aspiraciones absolutistas, empieza a consolidarse en algunos países de Europa, como son España y Francia.

El libro está dedicado a Lorenzo de Medici, señor de Florencia, y consiste en una serie de consejos dirigidos a este último para alcanzar y conservar el poder. La palabra Estado aparece en el primer capítulo del libro, aunque el autor parece utilizarla de manera más bien descriptiva e intuitiva, sin que en ningún momento pretenda definirla. Es verdad que el sentido que da al término es, a veces, ambiguo, porque en determinados momentos identifica el Estado con la autoridad del príncipe, con la idea de dominio o de preeminencia. Pero en otras le atribuye un significado muy parecido al que utilizamos ahora. Así, al inicio del volumen, N. Maquiavelo señala, literalmente, que “cuantos estados, cuantas dominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados” [Maquiavelo, 1991, 5]. A partir de esta división Maquiavelo analiza las dificultades que el príncipe puede encontrar en cada una de ellas, así como las formas en que puede superarlas.

Al hacer estas reflexiones, parte de una comprensión muy negativa de la naturaleza humana, porque concibe que el hombre es, por naturaleza, egoísta y ambicioso. En palabras del propio autor, “...de los hombres, en general, se puede decir esto: que son ingratos, volubles, hipócritas, falsos, temerosos del peligro y ávidos de ganancias; y mientras les favoreces, son todo tuyos, te ofrecen su sangre, sus bienes, la vida e incluso los hijos...mientras no los necesitas; pero cuando llega el momento, te dan la espalda”.

La propia naturaleza humana hace necesario que se imponga un orden que asegure, por medios coactivos, la estabilidad social y la seguridad del individuo. Dicho orden es el Estado. [Conde García, 196-204].

El Estado aparece, así, con dos características. Es, en primer lugar, un Estado eminentemente secular, ya que su razón de ser radica en la propia naturaleza humana. De otro lado, la finalidad de la política está al margen de cualquier consideración transcendental. Para Maquiavelo, es una actividad dirigida exclusivamente a alcanzar, mantener y aumentar el poder.

En segundo lugar, para ser eficaz, el Estado debe estar regido por una monarquía absoluta. Aunque N. Maquiavelo, por su trayectoria personal, estuvo muy comprometido con la república, forma que considera basada en el honor y en la virtud cívica de los ciudadanos, en *El*

*Príncipe* se inclina por la monarquía. Tanto la circunstancia histórica en la que vive, como su desconfianza ante el ser humano le llevan a defender un príncipe fuerte, capaz de garantizar la estabilidad. Con este objetivo propugna algunas de las notas que caracterizarán al Estado moderno, cuando aconseja al príncipe, por ejemplo, que se imponga sobre la nobleza, clase que considera perniciosa en cualquier Estado, y le insta a monopolizar la fuerza, creando ejércitos nacionales formados por súbditos y no por mercenarios.

### II.1.b) Poder absoluto y perpetuo de una república.

La idea de soberanía se perfila, a su vez, en la obra de J. Bodino en una época y un país conmocionado. Su entorno es Francia, en la segunda mitad del XVI, dividida por las guerras de religión. Así, de un lado, se enfrentaba la monarquía, defensora del catolicismo y en camino hacia el absolutismo; de otro, los hugonotes, quienes se oponían a la autoridad real en defensa de la libertad religiosa, pero también contra la pérdida de poder político de fuerzas estamentales como las ciudades y la nobleza

J. Bodino escribe su obra principal, *Los seis libros de la República* en 1578. [1973]. En la obra se propone “salvar el navío de la República de la tormenta impetuosa que la aflige” [1973, 5] robusteciendo el Estado y sobre todo el poder del monarca. Para lograr este objetivo, intenta reconducir la realidad del Estado y del poder a términos jurídicos, elaborando el concepto de soberanía.

J. Bodino considera que la soberanía es un elemento esencial del Estado, que identifica, en aquél momento, con el término república. En efecto, la soberanía es lo que hace que la república sea tal y la distingue de otras agrupaciones humanas [1973, 22]. Bodino también aclara lo que debe por soberanía. Para el autor, es “el poder absoluto y perpetuo de una república” [1973, 46].

Con ello, el autor quiere decir, en primer lugar, que la soberanía no admite límites temporales. Si su titular tuviera autoridad por un tiempo determinado, sería sólo custodio o depositario del poder, hasta que el pueblo decidiera revocarlo. Pero, además, la soberanía es absoluta porque no admite cargas ni condiciones. La soberanía no tiene límites

porque no está sujeta a otro poder superior, salvo lo que la ley de Dios y la ley natural mandan.

El autor especifica, además, cuál es el contenido de la soberanía. Únicamente su titular puede desempeñar poderes tales como acuñar moneda, nombrar oficiales, conceder gracia, establecer impuestos, declarar la guerra o negociar la paz. Pero la principal de las “marcas de la soberanía” es dictar la ley, porque esta engloba todas las demás. Como afirma expresamente, “el primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular... sin consentimiento de superior, igual o inferior” [1973, 66].

J. Bodino asienta, pues, un principio que, a pesar de los cambios que el poder experimentará en los siglos siguientes, ha permanecido casi inalterado, esto es, el principio voluntarístico de la ley. En virtud del mismo, elabora una ecuación en la que ley y soberanía se identifican, porque cada uno de estos términos se define en función del otro. Así, de un lado, la ley es la expresión de la soberanía; pero, de otro, la voluntad soberana se expresa mediante leyes.

## *II.2. La erosión de la soberanía*

La definición y las “marcas de la soberanía” siguieron perdurando tras la construcción del Estado Constitucional, en gran medida porque se ajustaban a la idea de Estado nacional que se consolida a lo largo de la evolución de dicha forma política. Aún ahora, cuando la noción se encuentra en revisión, siguen siendo utilizadas para distinguir la idea de soberanía de otros conceptos próximos pero no coincidentes, como puede ser, por ejemplo, la noción de autonomía.

Durante este largo recorrido, y aun a costa de cierta simplificación, la soberanía se ha identificado hacia el interior, con la idea de supremacía; hacia el exterior, con la noción de independencia [G. Jellinek: 1981, 356].

La primera de estas notas deriva de considerar que el poder del Estado es originario, por ser fruto de un proceso espontáneo de auto-creación, ya que la razón y el fundamento de su existencia derivan de sí mismo. Se manifiesta en la capacidad de darse una organización jurídica sin limitaciones externas, es decir, como poder de autodeterminación. La supremacía supone, además, que el Estado dispone de

la máxima autoridad dentro de su propio territorio. En virtud de la misma, puede imponer conductas y reforzar el cumplimiento de sus normas mediante el uso de la fuerza. Es más, el Estado no sólo tiene fuerza material sino que tiene el monopolio del uso legítimo de la fuerza, porque cualquier otro poder coactivo legítimo dentro de sus fronteras deriva del Estado y debe ejercitarse en los límites establecidos por el propio Estado.

Como antes se señalaba, frente al exterior, la soberanía se identifica con la independencia. Esta significa, a grandes rasgos, que el Estado puede excluir dentro de sus fronteras la acción de cualquier otro Estado u organización. En caso de que no fuera así, no existiría soberanía, sino subordinación.

Antes de seguir adelante conviene señalar que estas características son, fundamentalmente, teóricas porque en ningún momento de la historia ha sido posible imponerlas en la realidad. El propio J. Bodino reconocía, como hemos visto, límites a la soberanía, ya que el monarca estaba sometido, al menos, a los imperativos de la ley natural y de la ley divina. La noción experimenta todavía mayores limitaciones cuando se aplica al Estado Constitucional. Ni siquiera durante el apogeo de los Estados nacionales, la soberanía ha reunido las características con las que fue configurada doctrinalmente, porque esas notas son difícilmente compatibles con las limitaciones que impone el entramado del Estado Constitucional.

Los primeros problemas afectaron a la soberanía identificada como supremacía. En efecto, el Estado Constitucional parte de reconocer la soberanía a la comunidad, sea esta la nación o el pueblo. Se produce, entonces, la ambigüedad de reconocer esos nuevos titulares de la soberanía al mismo tiempo que se predica del Estado en su conjunto.

Además, la soberanía como auto-determinación se demostró difícilmente compatible con el Estado de Derecho. Es verdad que la Constitución y el resto de las normas jurídicas son, en principio, manifestación del poder del Estado. Pero también es verdad que, una vez dictadas, constituyen límites al mismo que, en un Estado de Derecho, sólo es posible remover conforme a lo establecido en el ordenamiento.

La división territorial del poder también puso en cuestión la idea de soberanía, sobre todo desde que, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XX, empezaron a surgir los primeros Estados fede-

rales. El modelo norteamericano que se diseña en la Constitución de 1787 partía de una concepción dual de la soberanía, donde tanto la Federación como los Estados miembros adquirirían, en el caso de la primera, o conservaban, en el caso de los segundos, las formas estatales. Los norteamericanos no tuvieron inconveniente en atribuir la soberanía al pueblo y considerar que se ejercía por ambas organizaciones territoriales, en el ámbito de las competencias derivadas de la Constitución.

Un buen ejemplo de esta construcción es lo que el Juez Marshall afirma en la Sentencia de la Corte Suprema norteamericana *McCulloch v. Maryland*, de 1819. Según la misma “en América, los poderes soberanos están divididos entre el gobierno de la Unión y aquellos de los Estados. Cada uno de ellos es soberano respecto a los asuntos que les han sido confiados y ninguno es soberano respecto a los asuntos confiados al otro”

En el caso de los federalismos de devolución, como es el español, también surgen problemas. En efecto, sólo es posible atribuir supremacía al Estado si este no se identifica con el Estado central, dado que ello vulneraría la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas. La supremacía sólo se puede seguir sosteniendo si se atribuye a ese orden total (en la terminología de H. Kelsen) o Estado comunidad (en la terminología italiana), compuesta, de un lado, por el Estado central y, de otro, por las regiones o comunidades autónomas.

La idea de independencia está sufriendo una erosión similar a la que ha experimentado la nota de supremacía. En un primer momento, los compromisos adquiridos por los Estados a través de la firma de tratados internacionales se explicaban, también, mediante la teoría de los auto-límites. Lejos de considerarse una restricción externa, dichos pactos se concebían como manifestaciones de la soberanía, por obedecer a la propia voluntad del Estado.

La dimensión que la independencia adquiere en la actualidad es más difícil de delimitar, sobre todo en los países que forman la Unión Europea. Es cierto que las principales normas de la Unión son los Tratados constitutivos, que tienen naturaleza internacional por obedecer a la soberanía de los Estados y fundamentarse en las constituciones de los Estados Miembros. Pero no es fácil mantener la misma justificación para el Derecho derivado, esto es, esas normas elaboradas por

las instituciones de la Unión y cuya aprobación no requiere la unanimidad de los Estados. Estas disposiciones, además, no sólo vinculan directamente a los ciudadanos sino que, en caso de conflicto, prevalecen sobre las normas de Derecho interno.

En este contexto, la independencia suele fundamentarse en que los Estados conservan la facultad de abandonar la Unión. Pero, una vez más, nos encontramos con una explicación meramente formal que no logra aclarar la dimensión del poder actual de los Estados.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con lo dispuesto en el art. 50 del Tratado de la Unión Europea. Es cierto que este precepto prevé la posibilidad de que un Estado se retire de la Unión. Pero el acuerdo que establezca dicha retirada no obedece sólo a la voluntad del Estado, sino que ha de ser aprobado por el Consejo, por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo. Las difíciles negociaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea, destinadas a hacer efectivo lo decidido por el pueblo británico en el referéndum que decidió el *Brexit*, ponen de manifiesto las dificultades de retirarse de una organización supranacional con la que se han creado estrechos vínculos económicos, políticos y sociales desde 1973, año de la adhesión.

### III. LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA

#### *III.1. La representación del nuevo soberano*

No resulta sencillo resumir la manera en que se configuró la titularidad de la soberanía durante el Estado Liberal, dado que varía según las condiciones de tiempo y lugar. Aunque en todos los Estados Constitucionales se niega que el monarca sea el titular exclusivo del poder, la soberanía adopta formas distintas según los países o el momento histórico. Así, cuando triunfa el liberalismo más radical, se erige un nuevo titular de soberanía, esto es, la nación, que la ejerce a través del parlamento. Cuando el liberalismo es más conservador, la fórmula de soberanía que triunfa es compartida. De un lado, la corona conserva una posición preeminente en el ordenamiento porque ostenta poder originario por derecho propio. Pero de otro, el parlamento ejerce también soberanía por delegación de la nación.

Esta última es la noción de soberanía que predominó en nuestra historia constitucional. Una buena manera de detectar cómo dicha noción se configura en un momento determinado es analizando el preámbulo de las constituciones, ya que éste precisa quiénes son los autores del texto, esto es, los titulares del poder constituyente. En España, la Constitución de Cádiz partía de la soberanía nacional, porque son las Cortes Generales las que “decretan la siguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado”. Frente a ello, la Constitución de 1876 proclama la soberanía compartida. En efecto, empezaba afirmando que “Don Alfonso XII, por la gracia de Dios Rey constitucional de España, a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: que en unión y de acuerdo con las Cortes del Reino actualmente reunidas, hemos venido en decretar y sancionar la siguiente Constitución de la Monarquía española”. En este último caso, además, el poder del monarca se justifica conforme a una legitimación de orden teológico.

### III.1.a) Representación frente a identidad.

La superación de la soberanía unipersonal y su atribución a una colectividad conllevaba, desde un principio, un problema. Este consistía en determinar la manera en que dicha comunidad podía gobernarse a sí misma.

Desde el principio, y como veremos más adelante, surgieron dos posibles soluciones. De un lado, la planteada por los seguidores de J.J. Rousseau, para quienes la soberanía era indelegable. Dicho autor, en *El Contrato Social*, había afirmado que la soberanía no puede ser representada. La voluntad general “es ella misma o es otra: no hay término medio” [Rousseau, 112]. Esta visión exigía una democracia directa, en la que los ciudadanos se gobernarán por sí mismos mediante instrumentos como el referéndum. La otra alternativa propugnaba que, por motivos prácticos, tales como el número de personas afectadas o la división del trabajo, los ciudadanos delegaran el ejercicio de soberanía a unos representantes elegidos por la nación. Esta es la idea que triunfa durante la revolución francesa y predominará hasta nuestros días. La proclamación de la soberanía nacional traerá, como consecuencia, la instauración de una democracia que, en la mayoría de las ocasiones, era de naturaleza exclusivamente representativa.

Ahora bien, la idea de representación es polémica desde sus orígenes, porque nace sometida a profundas críticas provenientes de los partidarios de la democracia directa. Un buen ejemplo de ello es la evolución constitucional de la Revolución francesa. En efecto, la Constitución de 1791 afirma, tajantemente, que todos los poderes emanan de la nación y sólo pueden ejercerse por delegación de esta. Con una fórmula que responde a la monarquía constitucional, todavía dual, el art. 2 del Título III afirma que “La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el rey”.

Pues bien, paralelamente y para intentar conciliar las dos visiones de la democracia, el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 reconoce a estos últimos el derecho a participar en la formación de la ley, no sólo a través de representantes, sino también directamente.

Poco después, el proyecto de Constitución jacobina de 1793, da otro paso en favor de la democracia directa, cuando recoge, por primera vez con formulación moderna, la iniciativa popular para convocar un referéndum. Esta Constitución no llegó siquiera a entrar en vigor y las reivindicaciones de los partidarios de la democracia directa no volverán a ser atendidas en la mayoría de los países europeos hasta la aparición del Estado Social y Democrático de Derecho.

Antes de seguir adelante, conviene advertir que la idea de representación no es exclusiva ni del Derecho Público, ni tan siquiera del Derecho. Representa quien actúa por otro, como ocurre en el teatro, donde unos actores asumen el papel que corresponde a su personaje. La noción jurídica de representación tiene su origen en el Derecho Civil, ya que, en diferentes tipos de contratos, unos actúan en nombre y por cuenta de otros. Tampoco en el Derecho público la representación ha tenido siempre el mismo significado. Así, cabe que la representación sea electiva, como ocurre en la actualidad, pero también han existido formas de representación no democráticas, en las que el representante lo es en virtud de sus méritos carismáticos o como resultado de una imposición establecida por el ordenamiento.

Ya implantado el Estado Liberal en nuestro país, la Constitución de 1845 permitía designar senadores a quienes ostentaran determinadas dignidades, como ser arzobispos, obispos o grande de España. Durante el franquismo, la idea de representación tam-

poco coincidía con la noción democrática que conocemos hoy en día. Así, el art. 8 de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 1958, proclamaba que “el carácter representativo del orden político es principio básico de nuestras instituciones públicas. La participación del pueblo en las tareas legislativas y en las demás funciones de interés general se llevará a cabo a través de la familia, el municipio, el sindicato y demás entidades con representación orgánica que a este fin reconozcan las leyes. Toda organización política de cualquier índole, al margen de este sistema representativo, será considerada ilegal.”

### **III.1.b) Mandato representativo, delegación de soberanía.**

A pesar de todas estas diferencias, el eje que articula la representación, tanto ahora como en épocas remotas, es el mandato. Con esta noción se hace referencia al tipo de vínculo que se establece entre los representantes y los representados. Ahora bien, la democracia representativa se asienta sobre una noción de mandato que es muy distinta de la que había imperado en la edad media y en la época de la monarquía estamental.

Durante estas etapas, la organización política era una estructura dual. En efecto, para poder gobernar, el príncipe necesitaba del concurso de las asambleas estamentales. Estas eran muy distintas de los parlamentos modernos, en cuanto que estaban compuestas por diferentes cámaras, cada una de ellas integrada por miembros de un estamento distinto, que solían ser el clero, la nobleza y el tercer estado. Además, cada una de estas asambleas se reunía por separado y el voto no era por cabeza, sino por estamentos, de manera que si la nobleza y el clero estaban de acuerdo, la opinión del tercer estado, aunque fuera el más numeroso, no podía prevalecer.

La estructura de estas asambleas varía de país a país y es diferente en cada momento histórico. Aun a riesgo de generalizaciones, puede afirmarse que la única cámara dotada de cierto carácter representativo era la asamblea del tercer estado, mientras que los miembros del clero y la nobleza solían pertenecer a sus cámaras por derecho propio.

Esta es, al menos, la estructura que tenían los Estados Generales justo antes de la revolución francesa. Ahora bien, la tipología de las asambleas estamentales varía. Según O. Hintze, [1968, 83]

junto a este modelo, existió otro bicameral, que tuvo su realización más plena en Inglaterra, en el que una de las asambleas representaba a los elementos espirituales y temporales del reino, mientras que la otra representaba al resto del país y reunía a representantes de los condados y de las ciudades. Para el autor, la estructura tricameral favoreció el absolutismo monárquico, mientras que el bicameral precede al parlamentarismo contemporáneo [1968, 100].

Hay que destacar que el tipo de relación que unía a quienes acudían a las reuniones con quienes los habían designado era muy distinta a la que existe en los parlamentos contemporáneos y mucho más próxima al Derecho Privado. De hecho, en algunas ocasiones, los delegados eran auténticos asalariados que recibían una retribución por defender los intereses del cuerpo al que personificaban. En este tipo de mandato, pues, los representantes lo eran sólo y exclusivamente de quienes los habían designado, por lo que su misión era defender, únicamente, los intereses de estos últimos. Para llevar a cabo esta misión, además, recibían unas detalladas instrucciones sobre la postura que debían mantener ante los temas sometidos a debate. Y, sobre todo, los representantes eran revocables: en caso de que no cumplieran su cometido y no se atuvieran a las directrices recibidas, podían ser cesados en su cargo. Estas características suelen resumirse denominando a este tipo de relación como mandato imperativo.

Esta manera de entender la relación de representantes y representados no desaparece de forma súbita sino que comienza a evolucionar aún en pleno Estado Absoluto.

Según J. A. Maravall, este tipo de mandato era, de un lado, contrario a los intereses del monarca, por lo que éste exigía a las ciudades, al convocarlas a cortes, que otorgaran a sus procuradores mandatos concebidos en amplios términos, al objeto de que pudieran resolver sobre cualquier asunto nuevo de alcance general que les sometiera el rey. Se evitaba, así, que los representantes se resistieran a aprobar las propuestas del rey, excusándose en las instrucciones recibidas o en la ausencia de instrucciones. De otro, el mandato imperativo perjudicaba a las propias ciudades, ya que dejaba, frente a la instancia representativa del todo, asumida por el rey, “una pululante variedad de intereses parciales, incapaces de dar expresión y de hacer valer la voluntad del pueblo” [Maravall, Vol I, 364-365].

Hay un momento histórico que ilustra con mucha claridad el tránsito de la vieja a la nueva concepción de la representación. Se trata del 20 de junio de 1789, cuando, en la primera etapa de la revolución francesa, los representantes del tercer estado, reunidos en Asamblea Nacional, juran no volverse a separar hasta que la constitución del reino no esté establecida y afirmada sobre fundamentos sólidos. La primera reunión de la Asamblea Nacional supone que, en la práctica, se abandone la idea de representación medieval y fragüe, definitivamente, la idea contemporánea de representación.

La obra de Sieyès, publicada pocos meses antes, sobre *¿Qué es el tercer Estado?* sigue siendo de obligada referencia para comprender las críticas a la representación tradicional y para entender, en la dinámica de la lucha política, como aparece la idea de mandato representativo. En el opúsculo, el autor afirma que el tercer estado es una nación completa, a quien corresponde el poder constituyente. Los poderes del Estado son creados por la constitución y, por lo tanto, son sólo poderes constituidos. Ni siquiera el rey o el parlamento pueden alterar la constitución. El libro recoge, además, las reivindicaciones del tercer estado con respecto a la convocatoria realizada por el rey. Así, frente a las reuniones por separado de los tres estamentos, se exige la reunión aparte del estado llano, formando no una asamblea estamental, sino una auténtica asamblea nacional, capaz de preocuparse por el bien común y de expresar una sola voluntad [1989, 164-166].

A partir de la reunión de la Asamblea Nacional, el mandato se configura como representativo y asume unas características muy distintas a las del mandato imperativo. Más adelante será necesario plantear algunos de los problemas que el primero de los tipos de mandato suscita hoy en día. Por ahora, baste con señalar que muchos de estos son consecuencia, casi inevitable, de las notas que lo identifican desde esos primeros momentos.

Así, y en primer lugar, el mandato se configura como colectivo porque quien resulta elegido ya no lo es sólo de quienes lo han designado, sino de la nación entera. Es cierto que, a la hora de emitir el sufragio, el cuerpo electoral se divide en circunscripciones y cada circunscripción elige a uno o más representantes, según sea el sistema electoral. Pero esta división se realiza sólo para organizar la emisión del voto. Únicamente en sentido figurado puede decirse que el representante

elegido en una circunscripción represente a dicha circunscripción. Una vez que se incorpora a la institución para la que ha resultado electo, su misión es velar por los intereses de la nación entera.

Para cumplir con esta tarea, se reconoce al representante una libertad de la que carecía en las asambleas estamentales. El mandato es general, porque el elegido tiene independencia para decidir sobre cualquier asunto que se someta a deliberación y conforme a su propio criterio. El sentido de la decisión a tomar no ha sido previamente acordada por los representados e impuesta al representante, sino que es este último quien resuelve de acuerdo con lo que considere más beneficioso para el interés general. La función del debate, en el seno de la asamblea representativa, consiste en dar ocasión a los miembros que la integran para exponer sus ideas sobre el fondo de la cuestión, con la finalidad de convencer al resto. Según esta visión de la representación la propuesta más próxima a la razón y a la verdad será la que prospere, por lo que el representante tiene independencia a la hora de convencer o dejarse convencer acerca de la bondad de una determinada postura.

Por último, el mandato representativo es irrevocable. El representante es elegido por un tiempo determinado, esto es, el que dure la asamblea en la que se integra. Durante este plazo, los representados no pueden influir en la gestión del representante, ni retirarle el cargo aunque estén en desacuerdo con la gestión que está llevando a cabo. La resolución del conflicto deberá esperar hasta la convocatoria de las próximas elecciones, por lo que el único control que corresponde al elector consiste en no volver a confiar en ese representante y votar a quienes no lo hayan defraudado.

Como vemos, este tipo de mandato supone una renuncia de poder por parte de los representados en favor de los representantes. Es cierto que los ciudadanos conservan la titularidad de la soberanía, pero delegan su ejercicio a favor de los elegidos por un tiempo determinado.

Benjamin Constant, en su célebre *Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, pronunciado en el Ateneo de París en 1819, capta la relación que existe entre esta manera de entender la representación, la nueva idea de libertad individual que inspira a las revoluciones liberales y la división del trabajo, que se profundiza a partir de la revolución industrial.

Para el autor, los hombres contemporáneos ya no entienden la libertad como se hacía en la democracia romana o ateniense, es decir, como el derecho de participar en la formación de las decisiones públicas, deliberando, votando leyes, pronunciando sentencias o controlando la acción de los magistrados. Este tipo de libertad ya no interesa en la época moderna, “donde cada individuo, ocupado de sus negocios, de sus empresas, de los placeres que obtiene o espera obtener, no quiere ser distraído de todo esto más que momentáneamente y lo menos posible” [Constant, 266]. Para B. Constant, la libertad moderna es, sobre todo, una libertad individual, que se mueve en el ámbito privado, donde se persigue el beneficio personal. De aquí el gobierno representativo, que consiste en “una organización que ayuda a una nación a descargar en algunos individuos lo que no puede o quiere hacer por sí misma”. Además, añade el autor, “los pueblos, que con el fin de disfrutar de la libertad que les conviene, recurren al sistema representativo, deben ejercer una vigilancia activa y constante sobre sus representantes y reservarse, en períodos que no estén separados por intervalos demasiado largos, el derecho de apartarles si han equivocado sus votos y de revocarles los poderes de los que ya hayan abusado” [Constant, 281-282].

### *III.2. Los límites a la representación en el Estado Liberal.*

La afirmación de la soberanía nacional y del gobierno representativo no conllevó, sin embargo, el reconocimiento a todos los ciudadanos del derecho a participar en los asuntos públicos.

Las restricciones a la representación que, como veremos, derivan de las limitaciones impuestas al sufragio y del acentuado papel desempeñado por la corona en el sistema político, arrancan de la naturaleza del nuevo titular de la soberanía, esto es, de la nación. A pesar de su papel central en el nuevo sistema político, dicha noción se caracteriza por su ambigüedad, lo que permite interpretarla de maneras muy diferentes.

#### **III.2.a) Las incógnitas de la nación.**

Antes de seguir adelante, conviene precisar que la idea de nación a la que se hace referencia no es la que, ligada al principio de las nacio-

nalidades, conducirá a reivindicar la unificación de Italia o Alemania a finales del siglo XIX o la separación de un Estado preexistente con la finalidad de edificar otro Estado independiente, como fue el caso de la República de Irlanda con respecto al Reino Unido en 1920. Antes de que aparecieran todos estos movimientos, la nación aparece en el primer liberalismo con una finalidad revolucionaria, al pretender un cambio en la titularidad de la soberanía y el fin de todo privilegio.

Este es, por ejemplo, el significado que le atribuye E. Sieyès para reivindicar un nuevo titular de soberanía y una nueva manera de entender la representación, cuestión a la que se ha hecho referencia en el apartado precedente. El mismo autor define la nación como “un cuerpo de asociados que viven bajo una ley *común* y representados por una misma *legislatura*” [Sieyès, 90].

Como afirma E. Hobsbawn, este significado primario de nación era eminentemente político y hacía referencia a una colectividad, cuya soberanía la constituía en un Estado que era su expresión política [Hobsbawn, 27].

El principal problema de esta primera manera de identificar la nación es su versatilidad. Así, es posible servirse de la idea de nación, como hacía E. Sieyès, para afirmar la legitimidad del gobierno representativo frente al antiguo régimen. Pero, en otros escenarios históricos, la misma noción se esgrimirá para restringir el carácter representativo del sistema. En estas ocasiones, se afirma que no todas las personas tienen derecho a manifestar la voluntad de la nación, sino que sólo pueden hacerlo contados ciudadanos, calificados por sus riquezas o por sus talentos. La idea de nación hace posible, pues, restringir la noción de ciudadano y reservar los derechos de participación política a una minoría.

Que esto pueda suceder no significa, sin embargo, que siempre suceda. La propia indeterminación del concepto de nación hace que sea compatible con otras formas de representación, incluso con algunas no electivas. Por ello, en algunos casos, se asocia también al sufragio universal, tal y como hizo, en nuestro país, la Constitución de 1869. Esta comenzaba afirmando que “La Nación española, y en su nombre las Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España, decretan y sancionan la siguiente Constitución”.

En el siglo XIX predomina la tendencia a afirmar que no todos tienen los mismos intereses en la nación, por lo que no todos poseen el mismo derecho a hablar en nombre de ella. Sólo quienes tienen propiedades, pagan impuestos o demuestran poseer un determinado grado de educación están realmente preocupados por la cosa pública, dado que sus intereses coinciden con los colectivos. Las personas sin ocupación, los asalariados o los pequeños propietarios carecen de bienes personales, por lo que tienden a desentenderse del bienestar común. Únicamente el primer grupo de personas tienen, pues, la condición de ciudadano y son titulares del derecho a votar y ser votado. Los segundos forman parte de la nación pero no pueden hablar por ella. Es cierto que están representados en las asambleas parlamentarias, que velan por sus intereses. Pero esta representación es virtual, porque esta categoría de personas son más súbditos que ciudadanos, al carecer de derechos de participación política.

La noción de representación virtual, utilizada por G. Grenville, se generalizó sobre todo al final de la dominación británica con respecto a la población de los territorios del otro lado del Atlántico. Frente a la reivindicación colonial de tener su propia representación en Westminster, la metrópoli argumentaba que los miembros del Parlamento de Londres no representaban sólo a sus electores sino, virtualmente, a todos los ciudadanos del imperio [Kromkowski, 66 y 126-127].

La restricción del voto más generalizada durante el siglo XIX y parte del siglo XX es, sin duda, la que se basaba en el sexo, ya que el sufragio se reconocía sólo a los hombres. Se negaba, pues, que las mujeres tuvieran condición de ciudadanas, argumentando, por ejemplo, que su papel en el hogar no les permitía tener conocimiento suficiente de los asuntos públicos. Otra discriminación frecuente obedecía a la raza. Esto es lo que ocurrió en Estados Unidos, donde sólo a partir de 1964 se implantó de manera efectiva la igualdad entre blancos y afroamericanos.

Tras la guerra civil, se añadió a la Constitución de Estados Unidos la Enmienda XV, aprobada en 1870. Mediante la misma, se prohibía a la Federación y a los Estados, “desconocer o menoscabar el derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos por motivo de raza, color o de su condición anterior de esclavos”. A pesar de esta disposición, algunos Estados del sur continuaron

discriminando a los ciudadanos afroamericanos, aunque de manera indirecta mediante, por ejemplo, la *poll tax*, es decir, el pago de un impuesto para ejercer el derecho de voto, requisito que muchos ciudadanos no estaban en condiciones de satisfacer. Para erradicar definitivamente estas restricciones, la Enmienda XXIV, aprobada en 1964, prohibía denegar el voto por dicho motivo.

Hay que tener en cuenta, además, que ni siquiera todos los varones blancos tenían derecho de voto. En el Estado Liberal, el sufragio solía ser censitario, por lo que se reconocía únicamente a quienes, por alcanzar un determinado nivel de rentas o pagar una cierta cantidad de impuestos, figuran inscritos en el censo electoral.

Por ejemplo, el art. 22 de la Constitución española de 1845 establecía que “Para ser diputado se requiere ser español, del estado seglar, haber cumplido veinticinco años, disfrutar la renta procedente de bienes raíces o pagar por contribuciones directas la cantidad que la ley Electoral exija, y tener las demás circunstancias que en la misma ley se prefijen”. Otro ejemplo curioso de la forma en que se articulaban estas restricciones es el art 33 de Ley Provincial de 29 de agosto de 1882. El art. 33 de dicha norma reconocía el derecho de voto para la elección de diputados provinciales a todos los españoles varones mayores de edad. Ahora bien, se exigía que supieran leer y escribir. El art. 34 establecía mayores restricciones. En efecto, aunque supieran leer y escribir, no tenían derecho de voto quienes recibieran medios de subsistencia en establecimientos sostenidos por la beneficencia o estuvieran “empadronados como mendigos y autorizados para implorar la caridad pública”.

### III.2.b) Corona, senado y ley.

La idea de representación característica del Estado Liberal conoce otros tipos de limitaciones, que se añaden a las que se acaban de analizar. Estas otras restricciones afectan a la manera en que se organiza el poder, porque privan parcialmente al parlamento de su carácter electivo o potencian el predominio de la corona en el sistema político.

En el sistema liberal, el modelo de parlamento predominante es bicameral. Una de las asambleas es de naturaleza electiva, pero la forma de designación de la segunda cámara varía. En Europa, el Senado no era, como en Estados Unidos, una cámara de representación territorial,

mediante la cual los Estados miembros participaban en la toma de decisiones de la Federación. Tampoco era una cámara de segunda lectura, destinada a mejorar el texto de la ley elaborado por la otra cámara.

En la mayoría de los ordenamientos europeos, sobre todo a principios del siglo XIX, la composición del senado es el resultado de un pacto entre las nuevas fuerzas liberales y los defensores del antiguo régimen, pacto que hizo posible el tránsito de la monarquía absoluta al Estado Constitucional. Como resultado de esta transacción, la nobleza y el clero no se quedan al margen del sistema, sino que participan en el mismo a través de dicha “cámara alta”. En algunas ocasiones, junto a estos miembros por derecho propio, se integran en el senado otros designados libremente por la corona. También estos parlamentarios representaban a la nación y hablaban en su nombre, porque esta asamblea tenía funciones equivalentes a las que correspondían a la cámara elegida por los ciudadanos, esto es, la “cámara baja”. Ahora bien, esta representación no era electiva sino impuesta por voluntad real.

El papel que desempeña la corona durante esta época se analizará en el capítulo siguiente, cuando tengamos ocasión de estudiar la monarquía constitucional. Por ahora, baste con señalar que el rey participa activamente en el procedimiento legislativo, lo que indirectamente afecta a la representatividad del sistema. En el siglo XIX la ley es la norma primera del ordenamiento, dado que todavía no se ha impuesto la idea normativa de constitución. Pero la ley, a pesar de esta posición de superioridad, no es sólo la expresión de la voluntad de la nación, sino que, para su elaboración, debe existir un acuerdo de voluntades entre el parlamento y el rey.

Esta atribución del monarca pone en cuestión la naturaleza representativa del sistema porque impide que la ley sea sólo manifestación de la opinión de los representantes de la nación. O es el resultado de un pacto entre la corona y el parlamento o, simplemente, no es ley.

### *III.3. La soberanía en el Estado Social y Democrático de Derecho*

Todas estas limitaciones a la representación desaparecerán cuando el Estado Liberal se transforme en Estado Social y Democrático de Derecho. La implantación de este último conllevó la proclamación del

pueblo como nuevo titular de soberanía. En consecuencia, la participación política experimenta una doble transformación: de un lado, se extiende, mediante el reconocimiento del sufragio universal; de otro, se profundiza, porque se ponen a disposición de los ciudadanos nuevos cauces de participación, distintos a los que ofrece la representación clásica.

### III.3.a) El pueblo, un concepto eminentemente jurídico

La noción de pueblo puede utilizarse con diferentes significados. En algunas ocasiones, tiene un sentido eminentemente político, ya que viene a indicar una comunidad humana dotada de unidad y de permanencia: unidad, porque existen elementos comunes, como la lengua o la ubicación física que sirven para agregar a los individuos y distinguir a ese grupo humano de otros; permanencia, porque el relevo de generaciones no afecta a la existencia del pueblo.

Entendida de esta manera, la idea de pueblo es pre-jurídica, por lo que suscita dificultades similares a las que caracterizaban a la nación. La concepción de pueblo que es inherente al Estado Social y Democrático de Derecho es más limitada, pero también más precisa. Consiste en definir al pueblo como un conjunto de personas dotadas de una situación jurídica especial, en virtud de la cual son titulares de derechos y obligaciones frente al poder público. El pueblo está, pues, compuesto por ciudadanos.

Esta noción de pueblo tiene una naturaleza estrictamente jurídica, ya que se entiende como una creación del Derecho.

Es cierto que, a veces, el pueblo preexiste al Derecho y éste sólo se limita a reconocerlo. Pero puede ocurrir que sea el propio Derecho quien cree al pueblo, dotando de unidad a una comunidad humana antes disgregada. En la actualidad, por ejemplo, no se puede hablar de un pueblo europeo, en tanto que las normas constitutivas de la Unión Europea no lo establecen, sino que solo hacen referencia a los pueblos de Europa. Jurídicamente, nada impide que los Tratados creen un pueblo europeo, simplemente proclamando su existencia.

Desde esta perspectiva, la idea de pueblo no sólo se distingue de la idea de nación, sino también de la idea de población. Esta última

es mucho más genérica, porque expresa la suma de individuos que habitan dentro de las fronteras de un determinado Estado. Frente al pueblo, pues, la población incluye también a los extranjeros pero no a los nacionales residentes en otros países.

La noción de población se utiliza, sobre todo, para fines estadísticos, como puede ser la elaboración de la Encuesta de Población Activa, que realiza el Instituto Nacional de Estadística con carácter trimestral. En ella se tienen en cuenta los datos de ocupación de las personas que residen en n nuestro país.

De otro lado, conviene también distinguir la idea de ciudadano de la idea de persona, ya que la primera es más restringida que la segunda. En efecto, las personas son también titulares de derechos y obligaciones. Pero, para ser ciudadano, es preciso, además, ser nacional. La nacionalidad, pues, atribuye al ciudadano una especial relación con el poder público, que puede consistir en un conjunto de derechos u obligaciones que no afectan a los extranjeros residentes en el país, tales como el derecho al trabajo o la obligación de cumplir el servicio militar (en los países en los que esta subsiste, claro está).

Las reglas para atribuir la nacionalidad varían de país a país. En general, suelen combinarse dos criterios: de un lado, la filiación y, de otro, el territorio. Según el primero, lo que cuenta es la relación de descendencia natural, por lo que son ciudadanos quienes han nacido de padre nacional, aunque sea en el extranjero; según el segundo, lo que cuenta es el lugar de nacimiento, por lo que son nacionales los nacidos dentro del territorio del Estado, independientemente de la ciudadanía de los padres. En España, las reglas para la atribución de la nacionalidad aparecen fijadas en el Código Civil, dentro del libro primero, dedicado a las personas.

Las constituciones contemporáneas (como la italiana, en su art. 1, o la alemana, en su preámbulo) afirman la soberanía popular y subrayan la importancia de la noción de ciudadano. Es cierto que algunas, como la nuestra (art. 1.2) o la francesa (art. 3), introducen la idea de nación, ya que proclaman la soberanía nacional y se la atribuyen al pueblo. Pero esta fórmula no debe inducir a confusiones. No estamos ante una nueva edición de la vieja formulación de la soberanía nacional, sino ante la voluntad de subrayar que existe una sola soberanía, esto es, la que corresponde al pueblo en su conjunto.

La noción de pueblo, entendida en términos jurídicos, presenta una ventaja con respecto a la idea de nación que era característica del primer liberalismo. En efecto, el pueblo no es una entidad abstracta, sino concreta y fácilmente identificable ya que, como se ha señalado, está constituido por la suma de los ciudadanos de un país. Además, la definición de ciudadanía enlaza con la idea de igualdad, dado que el estatus jurídico que reconoce es común para todos. Por estas razones, la definitiva implantación de la soberanía popular que impuso el Estado Social y Democrático de Derecho condujo al reconocimiento del sufragio universal.

La conexión entre soberanía popular, ciudadanía y la implantación del sufragio universal no debe inducir a confusiones sobre la titularidad del derecho de voto. Junto al concepto amplio de ciudadanía que se ha utilizado antes, existe otro más limitado, que se identifica con la titularidad de los derechos de participación política. En este último caso, se habla de ciudadanía en sentido estricto. Es verdad que ambas nociones de ciudadanía coinciden en muchas ocasiones y que la mayor parte de ciudadanos tienen derecho de sufragio activo y pasivo. Pero hay casos en que no se da esta coincidencia. Puede ocurrir, por lo tanto, que haya ciudadanos que, por ser menores de edad, carezcan del derecho de voto. De otro lado, puede darse el caso de personas que, aun siendo extranjeros, sean titulares del derecho de voto. Esto es lo que ocurre, en muchos ordenamientos, en el caso de las elecciones municipales, donde suele reconocerse derecho de voto a los residentes. Sucede, también, para las elecciones al Parlamento Europeo, donde se reconoce derecho de sufragio activo y pasivo en el estado de residencia a los ciudadanos de otros Estados de la Unión.

El sufragio universal parte, pues, de reconocer que cada persona que cumpla los requisitos establecidos en el ordenamiento tiene derecho de voto. Pero impone, además, la igualdad de los sufragios, para evitar las prácticas restrictivas que se dieron en épocas pasadas, tales como reconocer a ciertos individuos más de un voto, o atribuir a algunos votos más valor del que corresponde a otros. Por último, la idea de soberanía popular impone, también, que el elector pueda emitir su voto en condiciones de libertad, lo que no sólo conlleva la ausencia de coacciones en el momento de acudir a la urna, sino también un ambiente pluralista en el que los candidatos puedan emitir sus ideas y

los electores formarse la opinión libremente. Las constituciones contemporáneas imponen también el secreto del voto, porque sólo cabe votar con independencia cuando no hay obligación de revelar el sentido del voto.

### **III.3.b) Grandezas y miserias de las nuevas formas de participación**

Como antes se señalaba, la implantación del Estado Social y Democrático de Derecho no sólo supuso una revisión de quienes participan, sino también de cómo se participa. Las democracias contemporáneas siguen siendo eminentemente representativas, ya que los ciudadanos actúan predominantemente a través de intermediarios que eligen periódicamente a través de las urnas. Pero, al mismo tiempo, el sistema genera cierta insatisfacción, derivada de la toma de conciencia acerca de la excesiva distancia que separa a los representantes y a los representados. Para intentar hacer frente a esa separación, se establecen otras formas de participación, como son las instituciones de democracia directa o democracia participativa, cuya función es aproximar la toma de decisiones a los ciudadanos.

Así, algunos sistemas constitucionales incorporan el referéndum, el referéndum derogatorio o la iniciativa de referéndum para la reforma de la constitución. A través de cualquiera de estas figuras, la decisión definitiva sobre propuestas normativas o decisiones políticas de especial transcendencia son adoptadas por los ciudadanos.

En la Constitución española, la única institución de democracia directa es el referéndum, contemplado para la aprobación de normas jurídicas (como la reforma de la Constitución del art. 168) o para la adopción de decisiones políticas de especial transcendencia (art. 92). Hay países que no reconocen, ni tan siquiera, el referéndum para la reforma de la norma fundamental, como es el caso de la República Federal Alemana.

Este tipo de instituciones siempre han resultado polémicas. A su favor suele decirse que la adopción directa de la decisión por parte de los ciudadanos evita las posibles distorsiones que los representantes puedan provocar en la correcta formación de la voluntad popular. En su contra se han utilizado diferentes argumentos.

Hay ocasiones en las que el referéndum obedece a una convocatoria del poder ejecutivo y se utiliza como una moción de confianza para que el pueblo respalde una medida que, a veces, no goza del apoyo de otras instituciones representativas.

Esta práctica “cesarista” ha sido frecuente en países de nuestro entorno cultural. Así sucedió, por ejemplo, en Venezuela, en febrero de 2009, Bolivia en enero de 2009 o Ecuador en septiembre de 2008. Aunque con matices distintos, ha sido también el caso del referéndum convocado por A. Tsipras en 2015, donde se sometió a votación popular las condiciones del rescate impuestas a Grecia por la Comisión Europea, el BCE y el FMI. Algo similar sucedió en el referéndum celebrado Hungría en 2016 para que el pueblo aprobara o rechazara (como finalmente ocurrió) el plan establecido por la Unión Europea para el acogimiento de refugiados.

En otras ocasiones, se denuncia la marginación del parlamento, único órgano en el que están representadas también a las minorías.

Un caso de este tipo de críticas son las ocasionadas cuando la Presidencia brasileña propuso un referéndum de reforma del sistema político en mayo de 2013, de la que finalmente desistió precisamente por falta de apoyo en el Congreso, único autorizado para convocar este tipo de consultas.

También existen problemas cuando el referéndum obedece a la iniciativa popular. En algunos casos, puede servir para que una fuerza política minoritaria movilice a todo el electorado sobre temas que carecen de interés para la mayoría, pero que pueden ser rentables a medio plazo para la fuerza política que impulsa el referéndum, al prestarles una plataforma para difundir su ideario y mejorar sus expectativas electorales. Este es, al menos, el reproche formulado contra alguno de los sesenta y seis referéndums abrogativos celebrados en Italia desde la entrada en vigor de la Constitución.

Conviene recordar, por ejemplo, que entre el 15 de junio de 1997 y 22 de junio de 2009 ninguno de los 29 referéndums convocados superaron el quorum de participación exigido, esto es, la mitad del censo electoral. Es más, en las votaciones celebradas el 21 y 22 de junio de 2009, la participación bajó hasta un 23 por ciento, aproximadamente. Esta tendencia cambió de manera significativa en 2011. Aunque la participación no superó el 55 por ciento, pros-

peró la propuesta de derogar cuatro normas, siendo una de ellas la Ley que atribuía inmunidad al Presidente del Gobierno.

En cualquier caso, sea cual sea la institución con poder de convocar el referéndum, es difícil que el electorado se atenga estrictamente a valorar la norma o decisión política sometida a votación, porque suele suceder que la oposición aproveche la ocasión para someter a escrutinio popular la gestión global del ejecutivo y la orientación política de la mayoría.

A estos problemas hay que añadir las dificultades que la democracia directa suscita desde un punto de vista conceptual. Es cierto que respeta uno de los requisitos del Estado Social y democrático actual, ya que supone el gobierno de la mayoría, pero deja de lado otro de los principios básicos del Estado democrático contemporáneo, esto es, el pluralismo político. Hay que tener presente, además, que cuando el pueblo gobierna sin intermediarios resulta imposible cumplir con otro de los pilares básicos del Estado Constitucional, esto es, la división de poderes.

Una institución de naturaleza distinta es la revocatoria del mandato, mediante la cual un número determinado de ciudadanos puede solicitar que se someta a votación popular la continuidad de un cargo electo. En contra de esta figura se han utilizado algunos argumentos de peso. Así, se ha dicho que no es fácil de articular cuando los representantes a quienes se quiere retirar la confianza no son cargos unipersonales, sino miembros de asambleas elegidos en listas cerradas y bloqueadas. También se ha denunciado que puede conducir a un ejercicio populista del cargo, orientado a evitar la adopción de medidas que puedan enajenar las simpatías del electorado. Por último, se ha señalado que puede ser usado por los partidos políticos como una manera de acortar el mandato de los cargos elegidos legítimamente, provocando lo que no son más que unas elecciones anticipadas. A pesar de estos inconvenientes, la figura puede resultar de interés, al menos en el plano local.

En resumen, la experiencia demuestra que las instituciones de democracia directa encajan con dificultad en las democracias representativas porque tienen otra textura, es decir, son cuñas de otra madera. Por esta razón, desde hace ya tiempo, algunos sistemas democráticos, incluido el nuestro, crearon otro tipo de instituciones, esto es, las instituciones de democracia participativa. Estas se consideran más adap-

tables a la representación porque no sustituyen el protagonismo que corresponde a las instituciones en la adopción de actos o el dictado de normas jurídicas.

La iniciativa legislativa popular es un buen ejemplo de este tipo de instituciones. Constituye un procedimiento en virtud del cual un número determinado de ciudadanos (por lo general elevado) puede presentar al parlamento una proposición de ley. La asamblea puede rechazarla o modificar su contenido, por lo que es siempre la institución la que toma la decisión definitiva.

Nuestra Constitución recoge la figura en el art. 87.2. Según el mismo, una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

Este tipo de instituciones son, pues, cauces a través de los cuales los ciudadanos expresan sus propuestas y opiniones en la formación de la voluntad de los poderes públicos. Están a medio camino entre las instituciones de democracia representativa y las de democracia directa. Frente a lo que ocurre en las primeras, la determinación del contenido de la disposición o acto no corresponde únicamente al órgano, sino que puede ser el resultado de la iniciativa o de la colaboración de los ciudadanos. A diferencia de la democracia directa, las instituciones de democracia participativa no atribuyen la capacidad de decisión a los ciudadanos, sino que el acto o disposición final es adoptado por las entidades representativas, que tan sólo deben tener en cuenta, de manera más o menos vinculante, la opinión expresada por los representados [Pizzorusso, 133].

La ventaja de este tipo de instituciones es que, como antes se señalaba, son fácilmente compatibles con la representación, porque no pretenden atribuir la capacidad de decisión al cuerpo electoral. En la medida en que no resultan polémicas, permiten atribuir mayor protagonismo a los ciudadanos sin suscitar los problemas que generan las formas de democracia directa que antes se han analizado.

De ahí su generalización, hecho que se pone de manifiesto, por ejemplo, en su recepción en el ordenamiento europeo. La

iniciativa ciudadana se introdujo, con el Tratado de Lisboa, en el art. 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Al igual que ocurre en algunos países miembros, como es el caso de España, este tipo de proposición no vincula al órgano ante el que se deposita sino que la Comisión, en el caso de la Unión, igual que el Parlamento, en los sistemas nacionales, pueden aceptarla o rechazarla. El TFUE deja claro este extremo al indicar que es una manera de “invitar” a la institución europea a que presente una propuesta para la elaboración de un acto de naturaleza jurídica.

Aun así, justo es reconocer que esta forma de participación no ha dado el resultado esperado. Tanto en España como en la Unión Europea, son pocas las iniciativas que logran superar el complejo proceso de recogida de firmas, menos las que se admiten para la discusión parlamentaria y son contadas las que prosperan en su forma original, esto es, como propuestas ciudadanas y no de los partidos políticos.

Quizá el principal problema que afecta a las diferentes formas de instituciones de democracia directa y participativa es que estas no son tan distintas de la democracia representativa. Al contrario de lo que se suele afirmar, todas estas formas de participación comparten un rasgo común, que consiste en que casi siempre están protagonizadas por los partidos políticos. Así sucede con el referéndum, donde los partidos protagonizan, cuando no monopolizan, muchos de los actos que componen el procedimiento, y que van desde la campaña hasta la distribución de los espacios gratuitos de publicidad, pasando por la financiación. Es el caso, también, de la iniciativa popular o ciudadana, susceptible de ser instrumentalizada por los partidos presentes en el parlamento. Dichas fuerzas suelen mirar con suspicacia aquellas propuestas que escapan a su control o que fuerzan a una toma de posición que puede resultar electoralmente comprometida. (Biglino: 2016, 2, 391)

Por esta razón, no dejan de revestir interés algunas de las propuestas de quienes defienden una democracia más deliberativa. En algunos países, sobre todo a nivel local, se están ensayando nuevas formas de participación, destinadas a hacer más directa la comunicación entre instituciones y representantes, de un lado, y ciudadanos, de otro. En algunas ocasiones y con el apoyo de las nuevas tecnologías se favorece que se hagan propuestas y sugerencias, que pueden llegar a consistir

en enmiendas al articulado de las iniciativas legislativas o preguntas dirigidas al gobierno. En otras, se favorece la participación mediante audiencias a organizaciones de intereses y colectivos sociales en el procedimiento legislativo (García Escudero, 171-216).

Es cierto que estas nuevas formas de participación constituyen sólo una relativa novedad porque, desde un punto de vista jurídico, coinciden con las instituciones de democracia participativa que se acaban de analizar. Las innovaciones radican más en el medio a través del cual se ejercita, dado que internet permite una utilización más inmediata y menos formalizada, factor que puede favorecer una mayor permeabilidad de las instituciones y potenciar la responsabilidad de las mismas ante los ciudadanos. Y, sobre todo, en que constituyen formas de participación que, por su inmediatez, pueden ser utilizadas por ciudadanos y grupos sociales al margen de las estructuras de los partidos políticos.

## IV. PARTIDOS POLÍTICOS Y REPRESENTACIÓN

### *IV.1. Partidos de notables y partidos de masas*

El robustecimiento de los partidos políticos y su entrada en escena como principales intermediarios entre la voluntad de los ciudadanos y las instituciones es consecuencia, principalmente, del reconocimiento del sufragio universal.

Ahora bien, la aparición de los partidos políticos es, en realidad, muy anterior a la instauración del Estado Social y Democrático de Derecho. Puede afirmarse que surgen casi al mismo tiempo que el Estado Liberal, dado que son inherentes a las primeras asambleas representativas. En efecto, en Inglaterra, ya entre las dos revoluciones, en torno a 1680, los miembros del Parlamento inglés se organizaban en los Whigs, antecedente del futuro Partido Liberal, y en los Tories, precedente del Partido Conservador. Mientras los primeros eran partidarios de mayor libertad política y de los derechos del Parlamento, los segundos eran partidarios del protagonismo de la Corona en el sistema político.

Otro ejemplo fueron los clubes que surgen durante la revolución francesa, como los jacobinos o los girondinos, que actúan en la Asam-

blea Nacional y, posteriormente, en la Convención Nacional. De hecho, es durante ese período cuando empieza a hablarse de derecha e izquierda para hacer referencia a la tendencia política de dichas organizaciones y que, en su origen, proviene del lugar en que se sentaban en la cámara con respecto a la presidencia. Estos clubes, a diferencia de los grupos ingleses, no se movían sólo en el ámbito de la cámara sino que actuaban también fuera de las mismas, como puntos de encuentro para la discusión ideológica y el debate político.

Según M. Duverger, [15-29], la definitiva conversión de este tipo de grupos en partidos correrá paralela a la evolución del sistema liberal. Aparecen, sobre todo, cuando los miembros del parlamento, agrupados por comunidad de ideas, factores locales o intereses, necesiten conseguir votos para reforzar su posición en las cámaras. Los partidos aparecen, pues, como medio de conexión permanente entre los grupos parlamentarios y los comités electorales.

Durante el siglo XIX y parte del XX, los partidos presentan una fisonomía distinta de la actual, determinada por el carácter restringido del sufragio. Así, carecen de una estructura sólida, desconocen la figura del afiliado y se aglutinan, sobre todo, en torno a personas destacadas que ocupan puestos de liderazgo. Presentan escasa formalización ideológica y las diferencias entre los principales partidos son, a veces, sutiles dado que, en virtud del sufragio censitario, representan a capas sociales similares. Como antes se señalaba, su ámbito de actuación es, sobre todo, el parlamento y se concentra en el periodo electoral, con la presentación de candidatos y la captación de sufragios. Para diferenciarlos de los partidos actuales, la doctrina suele referirse a ellos como partidos de cuadros, o de notables.

En España, el Partido Liberal, fundado por P. M. Sagasta en 1880, y el Partido Conservador, creado por A. Cánovas en 1876, respondían a este tipo de naturaleza y dominaron la escena política desde el inicio de la Restauración hasta la proclamación de la Segunda República.

El reconocimiento del sufragio universal modificó la estructura de los partidos políticos de manera radical. Es entonces cuando aparecen los que se suelen denominar partidos de masas. El origen de los mismos no está en las instituciones, sino en movimientos sindicales, que

saltan a la arena política con fines revolucionarios, primero, y para transformar la realidad desde las instituciones, después.

El más destacado de todos fue, sin duda, el Partido Socialdemócrata Alemán (SPD), fundado en 1875. Se trataba de partidos dotados de una fuerte estructura interna, articulada a nivel nacional y apoyada sobre un alto nivel de afiliación. Baste con señalar, como ejemplo, que el SPD contaba en 1905 con cuatrocientos mil afiliados.

En un principio, este tipo de partidos compartía una ideología revolucionaria y rechazaban de plano lo que consideraban instituciones burguesas. Cuando deciden aceptar el juego electoral, con la idea de implantar sus ideas de manera pacífica y a través del juego democrático, llegan a tener una fuerte implantación en las asambleas representativas. Pero el grupo parlamentario careció de la influencia que desarrollaba en los partidos de notables. Es más, en muchas ocasiones era visto con desconfianza por el resto del partido, que los sometía a las instrucciones tomadas por sus órganos directivos y a una rígida disciplina de voto. Desde el punto de vista ideológico, los partidos de masas se caracterizaban por una sólida construcción, que no sólo se presentaba como programa electoral, sino que se difundía entre los ciudadanos con vistas a su educación política. Además, intentaban integrar a los individuos en el grupo con iniciativas que iban desde la fundación de cooperativas a la creación de centros culturales (como casas del pueblo, etc.).

Con el tiempo, esta estructura se extiende a partidos no ligados al movimiento obrero, sino más conectados con sectores confesionales o conservadores. Este es el caso, por ejemplo, del Partido Popular italiano, fundado en 1919 y antecedente de lo que sería, después, la Democracia Cristiana. De otro lado, los partidos de izquierdas fueron atenuando su conexión con el movimiento obrero y aspiraron a integrar, dentro de sus filas y de su ideología, a otras capas sociales

Antes se ha señalado que, según la teoría clásica, la relación representativa transcurre entre electores y elegidos. No tiene nada de extraño, pues, que los ordenamientos jurídicos tuvieran problemas para enfocar el papel desempeñado por los partidos políticos. Como acabamos de ver, y desde la ampliación del sufragio hasta nuestros días, dichas organizaciones actúan como auténticos mediadores entre

el votante y los representantes. En efecto, los partidos elaboran las listas electorales, presentan candidatos e imponen las directrices que los elegidos deben seguir en las instituciones, sobre todo en el parlamento.

Esta intromisión provocó que los ordenamientos jurídicos tuvieran dificultad para, primero, aceptar y luego integrar la existencia de los partidos. En un primer momento, en efecto, predominó la idea de que los partidos impedían la correcta formulación de la voluntad de los ciudadanos. Para argumentar esta visión, se recurría a las ideas expresadas por autores de finales del antiguo régimen o del primer liberalismo. JJ Rousseau, por ejemplo, consideraba que esas facciones impedían la correcta formulación de la voluntad popular, dado que perseguían intereses comunes con respecto a las voluntades individuales pero particulares con respecto a la voluntad general [1969, 112].

Esta actitud de negación, cuando no de prohibición, de los partidos políticos cambió después de la segunda guerra mundial. Se procuró superar así la negativa experiencia atravesada por muchos países europeos durante el periodo de entreguerras, época en la que se prohibieron los partidos, imponiendo un pensamiento único afín al poder. Para evitar que este tipo de prácticas volviera a producirse, se atribuyó a los partidos el protagonismo a la hora de articular el pluralismo político, dado que una de sus funciones consiste en agrupar, en torno a idearios comunes, la diversidad de opiniones existentes entre los ciudadanos. Junto a ello, se reconoció el importante papel de mediación que los partidos desempeñan, dado que constituyen los cauces mediante los cuales esas opiniones llegan a los poderes públicos.

#### *IV.2. Funciones y disfunciones de los partidos en las democracias actuales*

Es así como algunas constituciones comenzaron a garantizar la existencia de los partidos políticos, proclamando desde su articulado los principios que han de inspirar su organización y funcionamiento.

Este es, por ejemplo, el caso del art. 49 de la Constitución italiana de 1947, que proclama el derecho de todos los ciudadanos a asociarse libremente en partidos para concurrir, con método democrático, a determinar la política nacional. Es el supuesto, tam-

bién, de la Constitución de la República Federal Alemana de 1949, cuyo art. 21 reconoce que los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo y proclama la libertad y la democracia como principios que han de orientar su fundación y organización interna. Ambos preceptos fueron un claro precedente del art. 6 de la Constitución española, que proclama que “los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

El protagonismo de los partidos políticos en la representación contemporánea nace de su reconocimiento constitucional, pero no se reduce al mismo.

Los partidos son los protagonistas de los procesos electorales porque las distintas legislaciones nacionales les atribuyen el derecho, a veces en exclusiva, a presentar candidatos. Es verdad que, en algunas ocasiones, se permite que agrupaciones de electores presenten candidatos independientes. Pero estos supuestos suelen ser residuales porque dicho tipo de formaciones actúan más en ámbitos locales que nacionales y suelen encontrarse con obstáculos que no afectan, sin embargo, a los partidos políticos constituidos como tales. Así sucede, por ejemplo, cuando se exige que sus listas vayan apoyadas por un porcentaje de electores inscritos en el censo de la circunscripción y este requisito no se impone, o se aligera, en el caso de los partidos políticos constituidos como tales.

En el apartado anterior se ha destacado el papel que los partidos políticos desempeñan en el funcionamiento de las instituciones de democracia directa y participativa. Conviene señalar, ahora, que también son los actores principales de los parlamentos. Esto sucede porque quienes ostentan derechos tales como presentar iniciativas o participar en los debates son los grupos parlamentarios, es decir, el reflejo de los partidos en la cámara. Hay pocos parlamentarios que accedan a la representación al margen de los partidos y, cuando los ordenamientos jurídicos lo permiten, suelen obligarles a encuadrarse en un grupo mixto o, de actuar en solitario, tienen menos derechos que los parlamentarios adscritos. Sucede, además, que los propios grupos

parlamentarios suelen carecer de autonomía a la hora de tomar las decisiones ya que la postura a adoptar en las votaciones parlamentarias suele estar decidida por los órganos directivos del partido e impuesta a los miembros de las cámaras mediante la disciplina parlamentaria.

El protagonismo de los partidos en la democracia contemporánea es tal que podría considerarse contraria a la prohibición de mandato imperativo que es característica de la representación contemporánea. En la actualidad, dicha interdicción parece que sólo afecta a la relación entre elector y elegido porque, como hemos visto anteriormente, el cuerpo electoral no puede someter al representante a instrucciones vinculantes ni, menos aún, revocarle en caso de incumplimiento. No sucede lo mismo, sin embargo, en la relación que une al representante con el partido porque, desde el momento en que una persona se incluye en la lista electoral de una de esas formaciones, está vinculada por las instrucciones que dicha organización imparte, no sólo durante el periodo electoral sino, una vez conseguido el escaño, durante el ejercicio de su mandato.

Esta situación es objeto de críticas en casi todas las democracias contemporáneas. Este tipo de denuncias, además, no son nuevas sino que se aproximan a las realizadas por autores como R. Michels que, ya en la primera década del siglo pasado, denunciaba lo que él definía como “la ley de hierro de las oligarquías”. [Michels: 2017]. Según este autor, el crecimiento de los partidos conducía, inexorablemente, a la burocratización y a la oligarquización de dichas formaciones, en detrimento de su democracia interna. Dado que este tipo de críticas era conocido cuando se redactaron las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial, los mismos preceptos que consagran el protagonismo de los partidos exigieron que dichas formaciones estén dotadas de una estructura y de reglas de funcionamiento democráticas.

Los problemas principales que suscitan este tipo de exigencias radican no sólo en la manera de hacerlas eficaces, sino también en su difícil articulación con la autonomía que es preciso reconocer a los partidos políticos. En efecto, la noción de democracia no es unívoca y, excepto en algunos principios esenciales (como la igualdad de todos los afiliados o el reconocimiento a todos los miembros del partido del derecho a participar en la vida de la organización) puede ser interpretada de manera distinta por las diferentes fuerzas políticas. Es

cierto que, por ejemplo, las elecciones primarias para elegir al líder del partido parecen más democráticas que unas elecciones de carácter indirecto. Pero la democracia no es el único valor a tener en cuenta, dado que los partidos deben contar también con una cierta jerarquía interna que facilite la adopción de decisiones. Además, la democracia también admite otras lecturas, por lo que es también compatible con la elección indirecta de los órganos internos.

Junto a ello, hay que tener presente que hay otros principios que rigen la organización y el funcionamiento de los partidos. Por ser asociaciones, gozan también de libertad, principio que obliga a reconocerles un amplio grado de autonomía a la hora de auto-organizarse.

Es verdad que, en algunos ordenamientos, existen controles jurídicos sobre la democracia interna de los partidos, confiados a los tribunales ordinarios o a los tribunales constitucionales [Alzaga: 2015, 141]. Pero este tipo de fiscalización suele suscitar tensiones, porque puede llegar a privar a los partidos del grado de espontaneidad que necesitan a la hora de tomar sus decisiones y los confunde con órganos estatales. Por eso, los sistemas democráticos contemporáneos suelen confiar el control de los aciertos o errores de los partidos en estas materias, primeramente, a los ciudadanos y, en último grado, a los electores, que pueden no afiliarse o no votar a aquellos partidos cuyo grado de democracia interna les parezca insatisfactorio.

Otro problema, mucho más acuciante, surge cuando los partidos no se limitan a actuar en el ámbito que les es propio, esto es, las instituciones representativas, sino que influyen en instituciones de naturaleza independiente, como son los tribunales constitucionales, los tribunales ordinarios o las instituciones de control financiero. Este es un problema que, lejos de atenuarse, se ha extendido en las últimas décadas, como consecuencia del reparto de cuotas en la elección de los miembros de dichas organizaciones. Esta práctica es contraria a los principios básicos del Estado Constitucional por dos órdenes de motivos. En primer lugar, porque excede de la misión que constitucionalmente corresponde a los partidos políticos, cuyo papel es ser cauce de participación de los ciudadanos en la vida del Estado y no correas de transmisión de su ideología sobre órganos no electivos. En segundo lugar, porque desnaturaliza el Estado de Derecho. Las instituciones a las que antes he hecho referencia tienen como

misión fundamental controlar al poder y la fuente de su legitimidad está en su independencia. Por eso, todo intento de politizarlas debe entenderse como lo que realmente es, esto es, como una manera de desactivar los límites necesarios que deben afectar al ejercicio del poder político.

## Capítulo Tercero

# El poder limitado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DERECHOS EN EL ESTADO LIBERAL. II.1. El contenido de los derechos. *II.1.a) La libertad como independencia. II.2.b) Igualdad ante la ley e igualdad en la elaboración de la ley.* II.2. La titularidad de los derechos. II.3. La limitada eficacia jurídica de los derechos. III. LOS DERECHOS EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. III.1. La nueva concepción de la igualdad. III.2 Los avances en el contenido de los derechos. III.3. Los cambios en la titularidad de los derechos. III.4. La eficacia de los derechos. *III.4.a) La eficacia directa y frente a terceros de los derechos fundamentales. III.4.b) Garantías internas y garantías internacionales.*

## I. INTRODUCCIÓN

La forma en que se organizan las instituciones es, sin duda, un aspecto esencial en cualquier forma de organización política. Ahora bien, el factor que más interesa a los ciudadanos es su posición con respecto al poder. De esta relación dependen asuntos tan esenciales para las personas como son su libertad personal, el grado de participación que se les reconozca en la toma de decisiones políticas o su derecho a recibir prestaciones como la educación o la sanidad.

Como pudimos analizar en el capítulo primero, la razón que justifica la existencia de toda autoridad pública en el Estado Constitucional es asegurar el bienestar de los ciudadanos. Estos dejan de ser súbditos, como ocurría en la época de la monarquía absoluta, porque ya no son sólo objetos pasivos que soportan los mandatos de quien está en el poder. A partir de las revoluciones liberales, se transforman en sujetos activos, portadores de un conjunto de derechos que se consideran inherentes a la naturaleza humana o que les corresponden como miembros de un determinado Estado. Este conjunto de derechos son los derechos humanos o derechos fundamentales.

Antes de seguir adelante, conviene realizar una precisión. Tanto la denominación derechos humanos como derechos fundamentales se utilizan con frecuencia, no sólo en textos jurídicos sino también en estudios doctrinales. Aunque en gran medida pueden considerarse expresiones sinónimas, es posible establecer una distinción entre ambas. Así, el término derechos humanos suele utilizarse en ámbitos internacionales, como sucede, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de 1948. La denominación derechos fundamentales es más frecuente en el ámbito interno y hace referencia, sobre todo, a los derechos de las personas que, por su importancia, aparecen proclamados en la constitución.

No conviene olvidar que, en la actualidad, ambos planos están mucho más entrelazados que en el pasado. Algunas constituciones, por ejemplo, reconocen la existencia de las declaraciones internacionales de derechos y les atribuyen una eficacia jurídica variable. En ciertas ocasiones, tienen sólo naturaleza interpretativa, ya que los jueces y tribunales deberán servirse de dichos textos para dar sentido a lo dispuesto en el orden jurídico interno. Así sucede en España, por ejemplo, en virtud del art. 10. 2 CE, que dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En otros países, sin embargo, la propia constitución reconoce a los derechos humanos una eficacia equiparable (para algunos, hasta superior) a los derechos reconocidos en la constitución. Este es el caso del art. 1 de la Constitución de Méjico, que dispone que “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Como sucede con los otros pilares del Estado Constitucional, los derechos fundamentales han experimentado una profunda modificación a lo largo de los últimos siglos, transformación que ha corrido en paralelo a los cambios experimentados por la titularidad de

la soberanía. La incorporación de la mayoría de los ciudadanos a la vida política, acontecida como consecuencia del reconocimiento del sufragio universal, supuso una ampliación de los derechos fundamentales. Este proceso afectó al contenido de los derechos, porque supuso la paulatina aparición de nuevas facultades destinadas a asegurar mayor igualdad económica o, al menos, a atenuar las diferencias sociales. Incidió, también, en la titularidad de los derechos, porque el Estado Social y Democrático de Derecho reconoce algunos derechos a quienes antes no los poseían, esto es, a grupos sociales y a extranjeros. Los cambios han sido muy profundos, también, en lo que respecta a la protección jurídica de los derechos fundamentales. En efecto, hemos pasado de unas declaraciones de derechos de carácter casi retórico y de naturaleza eminentemente política, a otros catálogos que no sólo proclaman los derechos, sino que imponen al resto del ordenamiento jurídico la obligación de articular instrumentos eficaces de protección.

No todo ha sido, sin embargo, un camino de rosas. La crisis económica que se desató en 2008 ha supuesto un retroceso en los derechos fundamentales, sobre todo cuando impone gastos considerables al erario público. También se ha alterado la función mediadora que corresponde al poder público en el Estado Social y Democrático de Derecho. Este papel, destinado a compensar la situación de predominio de los más poderosos mediante una legislación protectora de los sectores más desprotegidos (como son los consumidores o los trabajadores), se encuentra en franca regresión. Falta por saber si estamos ante cambios meramente coyunturales, que no alteran la naturaleza de las facultades afectadas o, por el contrario, ante una transformación mucho más profunda, que obligaría a modificar la concepción predominante de los derechos fundamentales.

## II. LOS DERECHOS EN EL ESTADO LIBERAL

### *II.1. El contenido de los derechos*

Los más claros precedentes de las declaraciones de derechos que abren las constituciones contemporáneas son los textos que se aprueban como consecuencia de las tres revoluciones atlánticas. Es cierto

que la historia de los derechos humanos es mucho más larga ya que, para algunos, se remonta a la Carta Magna o al Edicto de Nantes.

En la Carta Magna, de 1215, el Rey inglés Juan I reconocía una serie de privilegios y derechos a sus súbditos. Se cita con frecuencia lo dispuesto en el art. 39, en el que el Rey se comprometía a no privar de la libertad o de la propiedad a ningún hombre libre sino por el juicio legal de sus pares o por las leyes del país. Para buena parte de la doctrina anglosajona, este texto es el antecedente de los derechos de libertad personal y propiedad, así como del derecho a la tutela judicial.

El Edicto de Nantes, de 1562, pone fin a las guerras de religión que habían sacudido a Francia en la segunda mitad del siglo XVI. En el mismo, el Rey Carlos IX reconocía tolerancia religiosa y cierta libertad de culto para los hugonotes en Francia. Suele argumentarse que este texto anticipa la libertad religiosa contemporánea.

Ahora bien, sin despreciar el valor de estos precedentes, hay que reconocer que obedecen a una visión de los individuos y de la sociedad muy distintas a la que se implantará posteriormente con la edificación del Estado Constitucional. Dichos textos son, más bien, el resultado de un pacto entre el rey y los estamentos, mediante el cual el titular del poder decide auto-limitarse a cambio de asegurarse la fidelidad de los sometidos [Fioravanti, 29]

Para comprender correctamente la manera en que se concebían los derechos fundamentales en el primer liberalismo es preciso enmarcarla en la visión general que entonces predominaba del individuo, la sociedad y el propio poder público. Las revoluciones liberales rompen con el universo estamental y ponen al ciudadano en el centro de la escena política. Se parte, pues, de una concepción individualista, donde se desvincula a las personas de los límites que imponía el antiguo régimen. Ya no se las contempla como miembros de un grupo social, fuera este clero, nobleza o tercer estado, sino como seres aislados. Como consecuencia del utilitarismo, se considera que cada ser humano busca, fundamentalmente, su propio bienestar. La sociedad se concibe, pues, como un mero agregado de individuos que entran en contacto los unos con los otros para alcanzar sus propios objetivos. El bienestar de todos debería, pues, ser consecuencia de la búsqueda individual de la felicidad.

Se trata de la “mano invisible” a la que alude A. Smith en alguno de sus escritos, noción que desplegará gran influencia, desde la formación de los primeros planteamientos liberales hasta las formulaciones neoliberales contemporáneas. Para el autor, ningún ciudadano se propone fomentar el interés público, ni tampoco sabe mucho de cómo hacerlo. Pero, al procurar sus propias ganancias, una mano invisible le guía a promover una finalidad que, originalmente, no estaba en su intención. Frecuentemente, el ciudadano, al perseguir su propio interés, promociona el de la sociedad en su conjunto de manera más efectiva que sí, únicamente, se propusiera alcanzar el bien común [Smith, 421].

Desde este punto de vista, la misión del poder consiste, fundamentalmente, en no interferir. También en este caso, se intenta romper con el dirigismo que había caracterizado al antiguo régimen, cuando las relaciones económicas y sociales estaban mediadas por la tradición y el poder. La nueva óptica impone dejar a los ciudadanos libres de toda injerencia que no sea indispensable para garantizar la seguridad y la libertad. De aquí deriva el papel meramente abstencionista que se atribuye al Estado, cuya principal misión consiste en asegurar las condiciones para que los hombres puedan moverse en libertad. Para ello, tiene que garantizar la seguridad, no sólo en el interior del país mediante la función de policía, sino también en el exterior mediante la organización de la defensa. [Mortati, 36].

### **II.1.a) La libertad como independencia**

Los derechos fundamentales que se reconocen en esta época giran, sobre todo, en torno a la idea de libertad, interpretada como independencia. Según esta concepción, la libertad consiste en el reconocimiento a los individuos de una esfera de actuación en la que pueden actuar con plena autonomía. Esta libertad actúa especialmente frente al Estado, que sólo puede intervenir cuando se cumplen determinados requisitos.

Así, y en primer lugar, la injerencia ha de tener como finalidad armonizar el ejercicio de los derechos, por lo que únicamente es posible limitar un derecho para asegurar el ejercicio de los derechos de los demás o para hacer valer otro principio de interés general, como son el orden público o la seguridad nacional. En segundo lugar, la

intervención del Estado no puede responder a una decisión singular o arbitraria sino que tiene que llevarse a cabo respetando determinadas formalidades. Más en concreto, para poder llevarse a cabo ha de estar prevista en la ley previamente elaborada por el parlamento. La garantía de la reserva de ley se justifica en la naturaleza representativa de dicha asamblea. Al estar conformada por representantes de los ciudadanos, es una parte de la sociedad, por lo que no tendrá interés en hacer daño a la sociedad entera.

Esta idea de libertad inspira las principales declaraciones de derechos de la época. Una de sus mejores definiciones es la que aparece en el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, elaborada en la primera etapa de la revolución francesa por la Asamblea Nacional. Según dicho texto:

“La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

La idea de libertad que se acaba de exponer se concreta en el reconocimiento de distintos tipos de derechos que, en algunos momentos y en ciertos ordenamientos, también se han denominado libertades públicas o derechos civiles. Se trata, sobre todo, de derechos frente al Estado, porque imponen a los poderes públicos fundamentalmente una obligación: la de no vulnerarlos.

El más relevante de ellos es, sin duda, la libertad personal, que defiende a los individuos frente a las detenciones y condenas arbitrarias.

Los primeros ejemplos de este derecho se encuentran en las diferentes actas que el Parlamento inglés impuso a la Corona durante las dos revoluciones que acontecieron en ese país durante el siglo XVII. Ya en 1628, en la Petición de Derechos, la Cámara de los Lores y la de los Comunes denunciaban, entre otros extremos, los encarcelamientos sin causa llevados a cabo por las tropas del Rey Carlos I Estuardo y las condenas a muerte decididas de manera arbitraria. Para acabar con esas prácticas, suplicaban al Monarca que ningún hombre libre fuera detenido o encarcelado sin el debido respeto a las leyes y costumbres del reino.

Estrechamente unidos a este derecho aparecen un conjunto de principios y garantías de distinta naturaleza. Este es el caso, por ejemplo, del principio de legalidad penal, en virtud del cual nadie puede ser condenado por acciones que, en el momento de producirse, no constituyeran un delito previsto por la ley. Aparece, también, la presunción de inocencia, en virtud de la cual corresponde a quien acusa probar la culpabilidad del sujeto. Asociado a la garantía de libertad se establece, también, que las penas privativas de libertad sólo pueden ser impuestas por jueces o tribunales independientes del poder ejecutivo, sometidos sólo al imperio de la ley. Este derecho adquirirá luego un ámbito más amplio, dado que no sólo será una protección de la libertad sino de otros derechos, fundamentales o no fundamentales. Es, pues, el punto de partida del actual derecho a la tutela judicial efectiva.

Al principio de este capítulo se ha señalado como las primeras reclamaciones de la libertad de conciencia y de culto se remontan a la época de la monarquía absoluta. Su reconocimiento pleno se produce, sin embargo, ya en el Estado Liberal, cuando se configura como el derecho a no ser perseguido por las propias creencias religiosas.

Un buen ejemplo de la manera en que se proclama este derecho es el art. XVI de la Declaración de Derechos del Estado de Virginia. Si bien es verdad que existe una clara continuidad con las actas inglesas que se acaban de citar, también es cierto que, en esta declaración, los derechos adquieren un carácter mucho más sistemático y que se proclaman con mayor precisión y generalidad. Elaborada en 1776, esto es, cuando Virginia deja de ser colonia británica y se proclama como Estado independiente, pero antes de la Constitución federal que dará lugar a los Estados Unidos, afirma: “Que la religión, o el deber que tenemos para nuestro Creador y el modo en que lo reconocemos, han de guiarse por la razón y la convicción, y no por la fuerza o la violencia; y por ello, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia; y que es un deber mutuo de todos practicar la benevolencia cristiana, el amor y la caridad para con todos”.

Hay, también, formulaciones de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de la correspondencia. Ambas aseguran la libertad desde el punto de vista de la intimidad, porque garantizan que los agentes

de la autoridad no pueden entrar en las residencias de las personas, ni intervenir sus comunicaciones, si no es en los casos previstos por la ley y previa autorización judicial.

La libertad de expresión constituye otro de los derechos que se proclaman en el primer liberalismo. Para impedir las restricciones que habían caracterizado al antiguo régimen, se proclama que nadie puede ser perseguido por los pensamientos y opiniones expresados en forma oral o por escrito, mientras no abuse de dicha libertad.

En esta época, el derecho de propiedad está también ligado a la libertad, ya que asegura a sus titulares el pacífico disfrute de sus bienes sin las limitaciones características del antiguo régimen, cuando sólo ciertas personas jurídicas (como la Iglesia, el Reino o los Municipios) o la nobleza podían tener el dominio sobre determinados bienes, como era la tierra. Su posesión comprendía, además, importantes privilegios, entre los que destacaba el ejercicio de potestades públicas tales como el ejercicio de la justicia o el establecimiento de tributos. Muchas de estas prerrogativas constituían, a su vez, limitaciones para la burguesía, que ni tan siquiera podía acceder a la propiedad de la tierra. Para adaptar el derecho de propiedad a la nueva concepción liberal, fue preciso liberarla de los límites que la excluían del comercio (como eran los mayorazgos, vinculaciones o manos muertas) y proceder a la venta, o desamortización, de los bienes que correspondían a dichas organizaciones [Artola, 557-566].

La conexión entre libertad y propiedad es clara en el primer Código Civil español aprobado en 1889. Su art. 348 afirmaba, como sigue haciendo ahora, que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.

Para asegurar la libertad de sus titulares, la propiedad se proclama como derecho “sagrado e inviolable”, en la terminología empleada por el art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Aun así, y ya en estas primeras configuraciones, dista de ser un derecho absoluto. En efecto, el texto que se acaba de citar contempla la posibilidad de expropiar, aunque sólo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.

Junto a ello, la propiedad se garantiza de manera indirecta asegurando que el poder ejecutivo no pueda recaudar impuestos si no es con el consentimiento de quienes los pagan, representados en el parlamento. Por eso, todas las revoluciones liberales parten del principio, de origen británico, según el cual no cabe imposición sin representación (*no taxation without representation*)

La reivindicación aparece ya muy clara en el Acta de Derechos de 1628, donde se afirma que nadie está obligado a pagar impuestos o tasa alguna, salvo común consentimiento otorgado por ley del Parlamento. Todavía más contundente es el art. IV del Acta de Derechos de 1689, según el cual “toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un período de tiempo más largo o en forma distinta de la que ha sido autorizada es ilegal”. El art. 14 de la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es todavía más precisa cuando afirma que: “Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración”.

A finales del siglo XIX comienzan a reconocerse otros derechos de libertad, aunque de manera más cautelosa. Este es el caso del derecho de reunión y de asociación. Ambos, en un primer momento, son reivindicaciones de las nuevas organizaciones obreras y suscitan los recelos del pensamiento liberal. Se considera que su ejercicio puede poner en cuestión la visión individualista de la sociedad, que excluye el protagonismo de las organizaciones sociales y alterar la negociación entre los patronos y los asalariados que, según esta visión, debe realizarse de manera individual. Bajo estos argumentos latía el temor de los patronos a que los nuevos sindicatos se sirvieran de medidas de protesta, como la huelga, para conseguir mejores condiciones de trabajo de las que era posible alcanzar en caso de que la contratación se llevara a cabo con cada uno de los trabajadores.

## II.2.b) Igualdad ante la ley e igualdad en la elaboración de la ley

La otra idea que inspira las primeras declaraciones de derechos es la igualdad. Ahora bien, durante el Estado Liberal, sólo se reconoce

en su vertiente formal, esto es, de todos con respecto a la ley. Entonces, como también ahora, se establece una conexión muy estrecha entre ley e igualdad. Más adelante se analizarán los derechos políticos que surgen en este momento histórico. Por ahora, conviene señalar que, dado que todos tienen derecho a participar en la elaboración de la ley, la ley tiene que tratar a todos por igual.

En sus orígenes, este tipo de igualdad nace con un contenido eminentemente polémico, destinado a erradicar los privilegios que ciertos estamentos, como eran el clero y la nobleza, ostentaban en el antiguo régimen, en virtud de los cuales monopolizaban el acceso a bienes públicos (como podían ser determinados cargos), o privados (como era el caso, ya analizado, de la propiedad de la tierra). Recordemos, además, que los privilegios feudales que pervivían desde la edad media reconocían a dichos estamentos atribuciones, como la justicia, que ahora se consideran exclusivas de los poderes públicos y que en su tiempo suponían severas restricciones de la libertad del pueblo llano.

Una de las definiciones más acabada de esta manera de concebir la igualdad es la que nos ofrece Sieyès. Desde las páginas de *¿Qué es el tercer Estado?* afirma:

“Las ventajas por las que difieren los ciudadanos entre sí están por encima del carácter de ciudadano. Las desigualdades de propiedad y de industria son como las desigualdades de edad, de sexo, de talla, etc. No desnaturalizan la igualdad del civismo... Yo me figuro la ley en el centro de un globo inmenso; todos los ciudadanos sin excepción están a la misma distancia sobre la circunferencia y ocupan en ella iguales lugares; todos dependen igualmente de la ley, todos le ofrecen su libertad y su propiedad para que las proteja; y a esto es a lo que yo llamo los derechos comunes de los ciudadanos, por donde todos se reúnen” [Sieyès, 112].

Concebida de esta manera, la igualdad tiene un carácter instrumental con respecto a la libertad. Garantiza que, en la búsqueda hacia el propio bienestar, todos los ciudadanos salgan del mismo punto de partida, sin que se produzcan ventajas injustificadas para los sectores privilegiados que les permitan obstaculizar el camino de los demás. La igualdad se traduce, pues, en la supresión de vinculaciones que limiten la libertad.

El primer liberalismo reconocía que la igualdad no siempre supone identidad de trato, dado que sería injusto tratar igual a quienes se encuentran en posiciones diferentes. Se reconoce, pues, que la ley puede crear diferenciaciones. Ahora bien, como nuevamente afirma el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, cualquier diferenciación sólo puede estar justificada en la utilidad común y tener como fundamento “la virtud o el talento”. El pensamiento de la época considera natural la existencia de fuertes desigualdades económicas, por lo que descarta que los poderes públicos deban conseguir una redistribución de la riqueza. Las medidas para paliar la pobreza en la que vivían amplias capas sociales se dejan al arbitrio de la caridad individual.

Es cierto que la idea de conseguir una igualdad real y efectiva, o igualdad material, había inspirado muchos movimientos sociales y llegó a inspirar textos constitucionales, como es la Constitución de 1793, elaborada por la Convención durante la etapa de radicalización de la revolución francesa, bajo la influencia del pensamiento de los Jacobinos.

J.J. Rosseau, en *El Contrato Social*, anticipa la igualdad material con especial precisión. Para el autor, no hay que entender que los grados de riqueza deban ser absolutamente los mismos, sino que “ningún ciudadano sea bastante opulento como para poder comprar a otro, y ninguno tan pobre como para verse obligado a venderse [68].

La Constitución de 1793 reconoce, a su vez, que “las ayudas públicas son una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, ya sea procurándoles trabajo, ya sea proporcionando los medios de existencia a lo que no estén en condiciones de trabajar” (art. 21). Además, su art. 22 proclama que “la instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todas sus fuerzas los progresos de la razón pública, y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”.

La aspiración de reducir, o suprimir, la desigualdad económica será luego recogida por los primeros movimientos sindicales que, posteriormente, fraguarán en la formación de los partidos obreros. Pero, durante el Estado Liberal, la igualdad material sigue siendo una aspiración que el ordenamiento no incorpora. Habrá que esperar al Estado Social y Democrático de Derecho para que aparezca reconocida

en las constituciones. Sólo a partir de ese momento, dichas normas impondrán a los poderes públicos la obligación de prestar derechos sociales para atemperar la desigualdad.

Al inicio de estas páginas se señalaba que la igualdad no sólo se predicaba ante la ley, sino también en la elaboración de la ley. En consecuencia, la igualdad conlleva el reconocimiento de los derechos políticos y, más en concreto, del derecho de participación.

Los derechos políticos tienen una textura diferente de los derechos de libertad. No son, en efecto, derechos frente al Estado, sino de un derecho en el Estado, esto es, a tomar parte en los procesos de decisiones públicas directamente o a través de representantes. Para garantizar este tipo de facultades no basta, pues, que el Estado se abstenga de intervenir sino que es preciso que establezca instituciones y procedimientos que hagan posible su ejercicio.

En efecto, resulta imprescindible una regulación del procedimiento electoral, donde se detallen temas tales como quién ha de convocar las elecciones, quiénes pueden presentarse como candidatos y los requisitos para ello, la campaña electoral y las formas de escrutinio o la proclamación de electos. Es necesario, también, dotar los medios para ejercer el derecho, medios que han de ser materiales (como urnas o cabinas electorales) y personales (miembros de las mesas electorales que recojan el voto y hagan el recuento de los mismos, por ejemplo).

Es importante tener en cuenta esta textura para entender algunos de los problemas relacionados con el denominado derecho a decidir, reivindicado en nuestro país por quienes quieren someter a referéndum la independencia de Cataluña. Los derechos políticos no son derechos independientes de la existencia del Estado, sino que únicamente existen en los casos y formas previstos por en la constitución y en la ley.

Hemos tenido ocasión de hablar de la participación política en el capítulo II, cuando se hacía referencia a la titularidad de la soberanía y a la teoría de la representación, esto es, como uno de los pilares estructurales que sustenta el poder del Estado Constitucional. En el periodo liberal, los mismos principios dan lugar al reconocimiento de dos derechos fundamentales: de un lado, el derecho de voto, o derecho de sufragio activo; de otro, el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas, o derecho de sufragio pasivo.

Ambos derechos aparecen –y siguen hoy en día– estrechamente entrelazados. Si se reconoce que los ciudadanos tienen derecho a elegir a los representantes, es preciso atribuirles también la capacidad de presentarse a las elecciones y de desempeñar otros cargos, aunque no tengan carácter representativo. Ahora bien, conviene ahora recordar que, como se señalaba en el capítulo II, durante el Estado Liberal la titularidad de ambos derechos estaba restringida a determinadas capas sociales. La soberanía nacional permitió, hasta el siglo XX, reservar el derecho de voto y el derecho de acceder a los cargos públicos a los varones que disfrutaban de un determinado nivel de rentas o de educación, mediante el sufragio censitario o capacitario, por ejemplo.

Otro de los derechos políticos que empieza a reconocerse con las revoluciones liberales es el derecho de petición. Esta facultad goza de gran tradición histórica y, en sus primeras formulaciones, garantizaba que no hubiera represalias contra quienes realizaran peticiones a la Corona.

Este contenido está muy claro en el art. V del Acta de Derechos inglesa de 1689, según el cual “... es un derecho de los súbditos presentar peticiones al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios”

No se pretendía, pues, obligar a ningún órgano público a acceder a la petición. Es más, durante esta etapa ni siquiera tenían obligación de dar respuesta, afirmativa o negativa, a quienes formulaban la petición. Sólo con el tiempo, el derecho ha ido adquiriendo algo más de contenido y ha ido evolucionando hasta constituir una de las instituciones que responden a la naturaleza de la democracia participativa tratada en el apartado III.3.b) del capítulo segundo.

## *II.2. La titularidad de los derechos*

La concepción de la sociedad que subyace al Estado Liberal, de la que ya se ha tratado, influye también a la hora de identificar la titularidad de los derechos ya que predomina la tendencia a reconocérselos únicamente a los individuos, negando que los grupos sociales puedan ser portadores de los mismos.

En algunos supuestos, como es el caso de la libertad personal o la libertad de conciencia, esta orientación es consecuencia de la propia

naturaleza de los derechos, ya que sólo los individuos pueden ejercerlos. Pero en otros, como vimos que ocurría con la propiedad, influye la desconfianza hacia la existencia de grupos intermedios, que se consideran rémoras del pasado. No hay que descartar, además, que la desconfianza a reconocer derechos, como el de reunión o asociación, proviniera de la aversión del sistema hacia las nuevas organizaciones obreras. Como también se ha analizado, desde la ideología liberal, determinadas formas de presión utilizadas por los trabajadores contra los patronos, como las manifestaciones, la huelga o las reivindicaciones para negociar colectivamente las condiciones de trabajo se consideran perniciosas para la libertad de contratación. Según este punto de vista, la relación laboral, para ser equitativa, debía establecerse en un plano de igualdad formal, esto es entre individuos, por lo que únicamente podía poner en conexión al empresario con cada trabajador aislado.

La visión de la titularidad de los derechos en el Estado Liberal es también restrictiva en lo que se refiere a los extranjeros. En efecto, la tendencia más generalizada es reconocer que sólo los nacionales son portadores de derechos fundamentales, por ser miembros de la colectividad social sobre la que se asienta el Estado. Este es, sin duda, el caso de los derechos políticos, que se reconocen a los ciudadanos por ser, precisamente, miembros de la comunidad. Pero es también el caso de muchos de los derechos de libertad, como pueden ser la libertad de expresión, la libertad de circulación o las libertades de reunión y asociación. Sólo contados derechos, como pueden ser la inviolabilidad de domicilio o la libertad y seguridad personal, se reconocen a los extranjeros, y esto con el desarrollo y perfeccionamiento del propio Estado Liberal.

Esta concepción se correspondía con el protagonismo absoluto ostentado por el Estado en las relaciones internacionales. Hasta bien entrado el siglo XX, el mundo aparece dominado exclusivamente por entidades soberanas dentro de sus fronteras, cuyo poder sólo conoce limitaciones externas cuando son asumidas por los propios Estados mediante tratados. En el Estado Liberal, los derechos fundamentales se reconocen, pues, sólo a quienes son titulares de la soberanía dentro del territorio del propio Estado, esto es, a los nacionales. Los extranjeros son vistos como personas ajenas a dicha colectividad y

su situación jurídica depende de lo que establezca, en cada momento, cada ordenamiento estatal.

Un buen ejemplo de esta visión son las Constituciones de 1845 y 1876, es decir, los textos que tuvieron mayor periodo de vigencia en España durante el siglo XIX. La primera atribuye derechos sólo a los españoles. Su art. 1.4 contempla el caso de los extranjeros y admite que la ley concrete qué derechos les corresponden, pero únicamente si estos han obtenido carta de naturaleza o disfrutan de vecindad. Más precisa es la Constitución de 1876. Su art. 2 regula la situación de los extranjeros en España, reconociéndoles el derecho a establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria y a dedicarse a cualquiera profesión. Ahora bien, sólo reconoce a estas personas algunos derechos fundamentales, como son la libertad personal o la inviolabilidad de domicilio y correspondencia. El resto de los derechos, como son la tutela judicial, la libertad de expresión, la libertad de residencia y circulación se atribuyen únicamente a los españoles.

Distinto es lo que sucede con las normas de inferior rango, que tendieron a equiparar la situación de los extranjeros con los españoles. Como afirma C. Vidal Fueyo [2002, 33], el hecho de que España fuera un país de emigración y no de inmigración propició que la regulación fuera mucho más generosa con los no nacionales que la dictada en países como Estados Unidos e Inglaterra, donde se restringen los derechos de los extranjeros.

### *II.3. La limitada eficacia jurídica de los derechos*

Más complejo resulta medir la eficacia que los derechos fundamentales adquieren en cada país. A grandes rasgos, puede afirmarse que la regulación que ofrecen los distintos ordenamientos responde a la tradición jurídica en la que se encuentran inmersos. En efecto, de un lado, los países anglosajones responden al modelo que tiene su origen en el *common law* británico; de otro, los países de Europa continental obedecen a la tradición que arranca de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En el primer caso, los derechos fundamentales reconocidos son, desde el momento de su declaración, plenamente efectivos. No sólo vinculan a los poderes públicos sino que, en caso de vulneración, pue-

den ser invocados ante los jueces y tribunales para obtener su respeto o reparación. Su proclamación atribuye al ciudadano no sólo un haz de facultades para ejercer el derecho, sino también instrumentos jurídicos para asegurar su protección.

Esta orientación tiene su origen en las dos revoluciones inglesas. Tanto la Petición de Derechos de 1628 como el *Bill of Rights* de 1689 enumeran derechos y libertades que el Parlamento impone a la Corona, por lo que han de ser respetados por el Rey y sus agentes. La tendencia se consolida con el Acta de Habeas Corpus de 1679, texto que crea un procedimiento para poner en libertad a las personas privadas de libertad de manera ilegal. Como sucede todavía en la actualidad, el Habeas Corpus es una orden en la que el juez manda a los carceleros que traigan a su presencia a la persona privada de libertad, de manera que pueda examinar si la detención se ha realizado conforme a lo establecido por la ley. El *Bill of Rights* que se añade a la Constitución norteamericana en 1791 sigue el mismo estilo. Más adelante tendremos ocasión de analizar el art. VI.2 de la Constitución de Filadelfia, que atribuye plena eficacia jurídica a dicha norma. Por ahora, baste con señalar que, en virtud de esta cláusula de supremacía, en caso de conflicto entre la Constitución (y los derechos reconocidos en ella) y las normas inferiores, los jueces están obligados a aplicar la primera. De aquí deriva la posibilidad de alegar el *Bill of Rights* en sede jurisdiccional frente a cualquier vulneración de los derechos, provenga esta del poder ejecutivo o del poder legislativo.

El rumbo que se siguió en el continente europeo hasta casi después de la segunda guerra mundial fue diferente. Hay distintas razones que explican esta distinta trayectoria. Como también veremos al tratar de la eficacia de la constitución como norma jurídica, influyó el carácter que se atribuye a dicho texto. Puede afirmarse que, en general, y a diferencia de lo que sucedía Estados Unidos, las constituciones de nuestro ámbito tenían una naturaleza eminentemente política. La vinculación que establecían sobre los poderes públicos estaba, pues, únicamente sometida al control que ejercía el parlamento y al control social de la opinión pública, lo que implicaba que la constitución no pudiera ser utilizada por ningún tribunal para analizar la validez o invalidez de los actos y normas emanadas del gobierno o del parlamento. Los derechos fundamentales compartieron la misma suerte.

Algunas declaraciones, como la francesa de 1789, son brillantes textos que, como hemos visto, proclaman con mucha precisión los principios y derechos del hombre y del ciudadano. Tienen, además, pretensión de universalidad, porque se erigen como patrón que sirve a toda la humanidad a la hora de medir si un Estado es liberal o, por el contrario, regido por el despotismo. Pero en la mente de los redactores de la Declaración elaborada por la Asamblea Nacional francesa no estaba la de elaborar un catálogo de facultades que pudiera ser invocado ante los jueces y aplicado por estos para resolver casos concretos.

Las declaraciones que abren las constituciones en el Estado Liberal son, pues, textos de naturaleza programática, esto es, proclamaciones que enuncian las nuevas aspiraciones de libertad e igualdad, así como la necesidad de que los poderes públicos las tengan en cuenta. Pero estos textos se mueven en el ámbito de lo político, y no de lo jurídico. Los derechos sólo adquieren eficacia normativa cuando son desarrollados por el Parlamento, mediante la aprobación de una ley que establezca el régimen jurídico del derecho. Entre la constitución y los ciudadanos tiene que darse, pues, la intermediación del legislador.

De aquí deriva la principal garantía de que gozan los derechos fundamentales en el Estado Liberal, esto es, la reserva de ley. Como se ha señalado al hablar de la libertad en el apartado II. 1. a) de este capítulo, con ella se trata de evitar los frecuentes ataques a la vida, libertad y propiedad de los ciudadanos que, durante la monarquía absoluta, habían causado el monarca y sus agentes. Para asegurar que estas vulneraciones no vuelvan a producirse, la regulación de los derechos se atribuye al parlamento y se justifica en el carácter representativo de dicha asamblea.

Ahora bien, el trascurso del tiempo demostrará que la reserva de ley, aunque es una garantía necesaria, no es suficiente. De un lado, la experiencia histórica demostró que las mayorías parlamentarias son capaces de vulnerar derechos, especialmente cuando estos protegen a las minorías. Además, la carencia de eficacia jurídica de la constitución permitió que el parlamento dejase sin efecto algunos de los derechos reconocidos en su texto. Para ello, bastaba con que el legislador aplazara *sine die* el desarrollo del derecho.

Esto es, precisamente, lo que ocurrió en España con el derecho de asociación. A pesar de que se reconocía en el art. 13.2 de la Constitución de 1876, el art. 14 de este texto remitía a las leyes el dictado de las normas oportunas para asegurar su respeto. El Parlamento, haciendo uso de esta habilitación y por temor a las organizaciones obreras, aplazó la regulación del derecho hasta 1887, cuando se dicta la primera Ley de Asociaciones de nuestro país. Sólo a partir de este momento pudieron constituirse legalmente los sindicatos obreros.

### III. LOS DERECHOS EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

#### *III.1. La nueva concepción de la igualdad*

La implantación del Estado Social y Democrático de Derecho conllevó una profunda transformación de los derechos, tanto en lo que se refiere a su contenido, como a su titularidad y eficacia. A pesar de todos estos cambios, que examinaremos a continuación, permanecieron algunos de los caracteres que habían identificado a los derechos en el Estado Liberal. En efecto, la noción de libertad sigue siendo sustancialmente la misma y conserva el protagonismo que había tenido en el pasado. Aun hoy en día, los derechos que las constituciones regulan con mayor detalle y que alcanzan un nivel de protección más acusado siguen siendo los derechos frente al Estado. El protagonismo de estos derechos no responde únicamente a la ideología que inspira al Estado Social y Democrático de Derecho. Obedece, también, a razones más prácticas.

Es dudoso que, como se afirma en ocasiones, sólo impongan a los poderes públicos una obligación de carácter negativo, consistente en no vulnerarlos. Asegurar la vida, la libertad y la propiedad, por ejemplo, exige ciertamente que las instituciones públicas no atenten contra esos derechos. Pero impone, también, la existencia de normas, como el Código Penal, el Código Civil o la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que los aseguren frente al poder público y frente a los demás ciudadanos. Exige, además, el funcionamiento de instituciones, que van desde las fuerzas de seguridad hasta los tribunales, cuya misión consiste en

amparar esos derechos y reprimir y, en su caso, castigar a quienes atenten contra los mismos.

Ahora bien, también hay que reconocer que estos derechos imponen menos cargas a los poderes públicos que las que los derechos sociales añaden. En el caso de estos últimos, a los costes que generan las garantías del derecho hay que añadir los costes que genera su prestación.

La manera de concebir la igualdad experimenta, sin embargo, cambios significativos, porque las constituciones no sólo proclaman la igualdad formal, sino que también imponen a los poderes públicos el deber de conseguir una igualdad más sustantiva. Este cambio fue consecuencia, fundamentalmente, de los graves conflictos sociales que conmovieron a Europa en el periodo de entreguerras y que condujeron a la ruptura del Estado Liberal. En algunos países, la victoria de los revolucionarios condujo a la instauración de las dictaduras del proletariado, como sucedió en Rusia en 1917. En otros, la reacción conservadora a tales movimientos generó la instauración de dictaduras fascistas, como ocurrió en Italia y Alemania y España, por ejemplo.

Estas dramáticas experiencias influyen en las constituciones elaboradas después de la segunda guerra mundial. Por influencia de la socialdemocracia y del pensamiento social-cristiano, los distintos ordenamientos reconocen implícitamente que la injusta distribución de la riqueza margina a capas enteras de la población, situación capaz de poner en crisis el sistema político. Para evitar este riesgo, se atribuye al Estado un papel mucho más activo en la ordenación de la economía y de la sociedad. La misión de los poderes públicos ya no consiste sólo en garantizar la seguridad, sino que asumen obligaciones en orden a alcanzar una igualdad más real y efectiva.

En el periodo que transcurre entre la primera y la segunda guerra mundial ya hay precedentes de esta tendencia. La Constitución mexicana de 1917, la Constitución alemana de Weimar (1919) y la Constitución española de 1931, por ejemplo, subrayan el papel del Estado en la regulación de la economía y garantizan a los ciudadanos determinadas prestaciones, como es la educación gratuita. Sin embargo, estos primeros intentos no lograron prosperar. La nueva concepción del Estado y de la igualdad se consolida a partir de las Constituciones aprobadas después del segundo conflicto

armado. Es muy significativo el art. 3 de la Constitución italiana de 1947, claro precedente del art. 9.2 de nuestra Constitución. El texto italiano, tras proclamar la igualdad formal, añade: “Constituye obligación de la Republica suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”

Para alcanzar el Estado de bienestar, los poderes públicos desempeñan funciones de naturaleza diferente. De un lado, se parte de que hay relaciones sociales y económicas injustas, dado que perjudican a los sectores más débiles en favor de los más fuertes. Entre los primeros están los trabajadores, pero con el tiempo también se incluye a los consumidores, a los jóvenes, a las personas de la tercera edad o a las minorías raciales. La misión de los poderes públicos es intervenir como árbitro de dichas relaciones, inclinando la balanza a favor de los más desprotegidos mediante diferentes instrumentos, entre los que destacan los derechos sociales, de los que se hablará al final de este epígrafe.

### *III.2. Los avances en el contenido de los derechos.*

Los derechos de libertad enunciados en el primer liberalismo, lejos de perder importancia, conservan su carácter nuclear. Es más, adquieren una regulación mucho más contundente y precisa. Los textos constitucionales contemporáneos recogen este tipo de facultades de manera más detallada que en épocas pasadas, al concretar los diferentes contenidos que les corresponde. Además, establecen garantías de los derechos y, en algunas ocasiones, concretan con precisión cuáles son las limitaciones que les afectan.

Así sucede con los derechos del individuo aislado, pero también con los derechos del individuo en relación a otros individuos. La razón de esta evolución radica en la importancia que derechos tales como la libertad de expresión o el derecho de asociación tienen para el correcto funcionamiento del sistema democrático. Sin la primera es imposible garantizar la formación de una opinión pública libre; el segundo es imprescindible porque ampara, por ejemplo, el papel

que corresponde a los partidos en la formación de la voluntad de los ciudadanos.

Un buen ejemplo del cambio experimentado por este tipo de derechos es la evolución de la libertad de expresión. En la Constitución española de 1876, el art. 13 declaraba, de manera bastante lacónica, que todo español tiene derecho “de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa”.

En la Constitución actual, similares principios orientan al art. 20. Pero este precepto es mucho más completo que el que se acaba de citar. En primer lugar, añade otros contenidos relacionados con la libertad de expresión, como son el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra, a crear y a utilizar cualquier medio de comunicación y a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión. El mismo artículo establece, además de la prohibición de censura previa, otras garantías, como es que sólo será posible proceder al secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial. La cláusula de conciencia, el secreto profesional y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado se configuran, también, como formas de asegurar esos derechos. Por último, el precepto declara que el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia, además del respeto a los derechos reconocidos en el título I de la Constitución, constituyen límites a los derechos incluidos en el propio art. 20 CE.

Al igual que la libertad, la igualdad formal conserva toda su vigencia, aunque también experimenta transformaciones de relieve. El principio aparece proclamado en las constituciones, formulado de manera más precisa, ya que enumeran expresamente las discriminaciones que se consideran especialmente odiosas, como son las basadas en el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión. Ahora bien, tanto la legislación como la jurisprudencia subrayan que la igualdad no prohíbe cualquier tipo de diferenciación. Como no hay mayor injusticia que tratar como iguales a los desiguales, los ordenamientos jurídicos contemporáneos permiten que existan regulaciones dirigidas

a grupos sociales específicos que establezcan tratos diferentes, cuando no más favorables del que el brindado al resto de ciudadanos.

Estas normas pueden ser sectoriales, por contemplar a un grupo de personas identificadas por sus características comunes, como pueden ser los agricultores o los productores de energía eléctrica. Pero los destinatarios de las normas pueden ser también sectores sociales que se encuentran en inferioridad de condiciones, como sucede con las personas de la tercera edad, las mujeres o las minorías raciales. En estos casos entra también en juego la obligación que corresponde a los poderes públicos de hacer que la igualdad sea más real y efectiva. Por ello, se admite que la ley otorgue a las personas en dichas situaciones la exención de ciertas obligaciones o el disfrute de derechos que no se reconocen a quienes no se encuentran en la misma situación.

Ejemplos del primer caso son la exención del pago de impuestos a las personas que no alcancen una determinada renta, o la exoneración del pago de transporte público para las personas jubiladas. Ejemplos del segundo tipo son ayudas de guardería que sólo puedan ser solicitadas por mujeres o la reserva de plazas en el acceso a la función pública para personas discapacitadas.

Estos tratamientos diferenciadores no deben confundirse con la discriminación prohibida por el ordenamiento. El criterio establecido por las jurisdicciones constitucionales nacionales y los tribunales internacionales de derechos humanos para distinguir discriminación y diferenciación es, fundamentalmente, el juicio de razonabilidad. Mediante el mismo se enjuicia si la medida persigue una finalidad legítima y si existe conexión entre las medidas establecidas y los fines que se intentan alcanzar.

La protección de los pensionistas es un objetivo que no solo no es contrario al ordenamiento, sino que, en muchos casos, constituye una obligación impuesta por la Constitución a los poderes públicos. Así sucede en España, en virtud de lo dispuesto en el art. 50 CE. De otro lado, exonerarles del pago de la tarifa de transporte público puede justificarse como un medio razonable para alcanzar ese fin. En efecto, existe relación entre el ahorro económico que la medida supone para quien vive de una pensión y la obligación que dicho precepto impone a los poderes públicos de promover su bienestar.

No cabe desconocer, sin embargo, que muchas de estas medidas han resultado, y siguen siendo, polémicas. Las más discutidas son, por ejemplo, las cuotas que se reservan a las mujeres a la hora de acceder a los cargos representativos o a las minorías raciales para acceder a determinados servicios, como puede ser la educación. El debate actual está entre los detractores de este tipo de tratamiento, que lo consideran perjudicial porque tiende a perpetuar la desigualdad, y quienes lo defienden, por estimarlo una solución temporal que garantiza la igualdad de oportunidades.

Como pudimos examinar con detalle en el capítulo II, en el Estado Social y Democrático de Derecho, los derechos políticos también experimentan una profunda modificación, no sólo porque se reconocen a todos los ciudadanos, mediante la implantación del sufragio universal, sino también porque se reconocen nuevas formas y ámbitos de participación. Además de la aceptación de formas de democracia directa, como es el referéndum, se garantiza la participación en otros ámbitos distintos a los órganos representativos, como pueden ser los centros escolares, la Seguridad Social o la toma de decisiones por parte de la administración pública.

La gran novedad que incorpora el Estado Social y Democrático de Derecho consiste, sin embargo, en el reconocimiento de los derechos sociales. Antes se señalaba que, en esta forma de Estado, los poderes públicos asumen un papel de árbitro en las relaciones sociales, por lo que han de dictar normas destinadas a proteger a los sectores más desfavorecidos, para equilibrar la balanza en su favor. El primer grupo que se benefició de estas medidas fueron los trabajadores. Para satisfacer las reivindicaciones del movimiento obrero, las constituciones de la postguerra proclamaron una serie de derechos, como pueden ser la obtención de una retribución digna, la limitación de la jornada laboral, las vacaciones retribuidas o el derecho a negociar las condiciones de trabajo de manera colectiva frente a los patronos. Más adelante, se sigue la misma técnica con respecto a otros grupos sociales, como son, por ejemplo, los consumidores. Además, las constituciones más modernas incorporan lo que se denominan derechos de tercera generación. Más que de auténticos derechos subjetivos, nos encontramos ante declaraciones de principios que obligan a los poderes públicos y, en algunos casos, a los particulares, a proteger determinados bienes, como pueden ser el medio ambiente o el paisaje.

Los derechos más efectivos para alcanzar mayor igualdad de oportunidades son, sin embargo, aquellos que consisten en una prestación de los poderes públicos. Los ejemplos más característicos son la educación o la sanidad, aunque ahora se reivindica también una renta de ciudadanía para quienes se encuentren en riesgo de exclusión social. Igualmente, se reclama que la vivienda se garantice de manera efectiva, esto es, como derecho fundamental.

La textura de estos derechos es, evidentemente, más compleja que la de los derechos de libertad civil. Como se señalaba al principio de este apartado, a los costes que conlleva la garantía de cualquier derecho hay que añadir los que genera establecer medios materiales y personales suficientes para prestarlos. De hecho, la satisfacción de estas demandas es, en muchas ocasiones, la partida que consume el mayor porcentaje del presupuesto que manejan algunos poderes públicos.

La crisis económica que ha afectado a la economía mundial desde 2007 ha supuesto un claro retroceso en los derechos sociales. De un lado, la globalización está poniendo en entredicho el papel mediador del Estado porque se argumenta que el reconocimiento de derechos a los trabajadores impide a las empresas competir con otras parte del mundo, como Asia, donde las condiciones laborales y los costes de producción son muy inferiores a los occidentales. De otro, la reducción de los ingresos provenientes de los impuestos ha supuesto una merma considerable de los montos destinados a la educación y la sanidad. No está claro, además, que estemos ante un fenómeno meramente coyuntural del que las sociedades europeas puedan recuperarse. Puede ser que nos encontremos ante un cambio mucho más profundo del modelo económico, que repercutiría indudablemente en el Estado Constitucional y, sobre todo, en el carácter social que esta forma política ha asumido desde hace décadas, como resultado de graves conflictos y profundos esfuerzos.

### *III.3. Los cambios en la titularidad de los derechos*

La implantación del Estado Social y Democrático de Derecho supuso también importantes modificaciones en la titularidad de los derechos fundamentales. Frente a la concepción individualista de la sociedad que subyacía al Estado Liberal, surge una nueva visión mucho

más pluralista, en virtud de la cual se reconoce que existen grupos y asociaciones que tienen en sí su propia razón de ser y que desempeñan importantes funciones sociales, económicas o políticas. Estas formaciones aglutinan los intereses de quienes las componen y actúan como intermediarias entre sus miembros y los poderes públicos. Por esta razón, las constituciones las reconoce expresamente, lo que supone una garantía de su existencia frente al legislador, que no puede suprimirlas o limitar su acción arbitrariamente. Además, la norma fundamental les atribuye la titularidad de determinados derechos fundamentales para que puedan alcanzar libremente los objetivos que pretenden.

Así sucede, por ejemplo, con la familia. Los ordenamientos contemporáneos no sólo proclaman el derecho individual a formarla, sino que también obligan a los poderes públicos a llevar a cabo acciones destinadas a protegerla. Ya se ha hecho mención de los derechos que se atribuyen a los trabajadores, a quienes se reconoce también el derecho a crear sindicatos para la defensa colectiva de sus intereses. Para equilibrar la balanza, las organizaciones empresariales gozan de igual protección. Del protagonismo de los partidos políticos se habló en el capítulo anterior, por lo que sólo cabe recordar que, por ser concreciones del derecho de asociación, gozan del derecho a actuar en condiciones de libertad. Por último, determinados derechos, que en el Estado Liberal se reconocían únicamente a los individuos, se atribuyen ahora a los grupos en los que estos se integran. Hay derechos, como el honor, del que también son titulares las personas jurídicas. Otros, como la libertad de culto, se reconocen a las confesiones religiosas.

El Estado Social y Democrático de Derecho cambia también la perspectiva con respecto al reconocimiento de derechos fundamentales a los extranjeros. Es cierto que los Estados siguen estableciendo diferencias entre los nacionales y quienes no lo son, pero la tajante distinción característica del Estado Liberal tiende a relativizarse. La equiparación deriva de diferentes razones. En primer lugar, influye la internacionalización de los derechos fundamentales. Como veremos más adelante, la existencia de declaraciones supranacionales facilita atribuir un contenido común a los derechos, que debe ser reconocido a todas las personas por el mero hecho de serlo y con independencia de su nacionalidad o del lugar de residencia. De otro lado, la movilidad de los ciudadanos entre países se ha incrementado de manera

extraordinaria, como consecuencia de fenómenos tan diferentes como son la migración por razones laborales o el turismo. En la Unión Europea, por ejemplo, la libre circulación de personas ha desdibujado la existencia de fronteras y obliga a tratar a los ciudadanos de otros países miembros en igualdad de condiciones que los nacionales.

Como consecuencia de estas transformaciones, la mayor parte de los derechos de libertad, como pueden ser el derecho de libertad personal, la tutela judicial efectiva o el derecho a la intimidad, se reconocen a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los nacionales, dado que se consideran inherentes a la dignidad de la persona.

Ahora bien, la equiparación en el resto de los derechos no es siempre completa. La diferencia que todavía se realiza entre nacionales y extranjeros deriva de distintos motivos. En algunos casos, existe desconfianza ante el uso que grupos de extranjeros puedan hacer de algunos derechos, como son los derechos de reunión y de asociación. Se teme que determinadas minorías se sirvan de estas libertades para defender valores contrarios a los que predominan en un país o que pongan en riesgo los intereses nacionales. En el caso de estas libertades, las constituciones suelen dejar al legislador un cierto ámbito de libertad para que el parlamento decida, en cada caso y momento, el ámbito del derecho que corresponde a los no nacionales.

Los derechos políticos siguen siendo, por regla general, patrimonio de quienes ostentan la nacionalidad, porque sólo ellos forman parte del pueblo del Estado y tienen, por tanto, derecho a hacer efectiva la soberanía. Ahora bien, también en este ámbito se han producido variaciones, sobre todo cuando la participación política se ejerce en ámbitos territoriales inferiores al propio Estado, en asuntos que no afectan al núcleo esencial de la función de dirección política. En el ámbito municipal, la tendencia actual consiste en reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros residentes, porque se considera que estos están tan implicados en los asuntos que atañen a los ayuntamientos como los nacionales.

Buenos ejemplos de esta orientación son los arts. 39 y 40 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en 2000. El primero reconoce a todos los ciudadanos de la Unión Europea el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida,

en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. El segundo declara que “todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”

El derecho de los extranjeros a recibir prestaciones sociales es, quizá, el tema más polémico. A favor de esta alternativa se sostiene que la sanidad es instrumental para garantizar el derecho a la vida y, por lo tanto, inherente a la dignidad. También se argumenta que la educación es una garantía de integración, por lo que constituye una buena manera de evitar que existan grupos marginados que pongan en peligro la estabilidad del sistema. En contra de que los extranjeros se equiparen a los nacionales a la hora de percibir estas prestaciones se esgrime su elevado coste. Para algunos, sólo deberían reconocerse a quienes han trabajado legalmente en el país y han pagado los impuestos, al menos, durante un cierto tiempo.

### *III.4. La eficacia de los derechos.*

#### **III.4.a) La eficacia directa y frente a terceros de los derechos fundamentales**

Los cambios que la eficacia de los derechos fundamentales experimenta con la construcción de la actual forma de Estado son igual de intensos que las transformaciones que afectan a su contenido y su titularidad. Estas modificaciones son el resultado indirecto de la transformación que experimenta la noción de constitución en Europa y consecuencia directa del establecimiento de garantías eficaces para asegurar la protección de los derechos fundamentales.

Como se analizará con más detenimiento en el capítulo quinto, los textos constitucionales de nuestro continente dejan de ser declaraciones políticas para transformarse en normas jurídicas, esto es, reglas que pueden ser invocadas ante los tribunales y ser utilizadas por estos a la hora de resolver conflictos. Las declaraciones de derechos que abren las constituciones siguen la misma suerte. Es verdad que, en algunos casos, se declaran principios que deben ser desarrollados por el legislador para que adquieran plena eficacia jurídica. También es cierto que, en algunas ocasiones, la constitución deja un amplio mar-

co de libertad al legislador para configurar el contenido del derecho o los límites que lo afectan. Pero en otras, los derechos tienen eficacia directa, por lo que pueden ser exigidos a partir de su proclamación constitucional, aun cuando el parlamento no se haya decidido a implementarlos.

Esta eficacia, además, no sólo se despliega en la relación de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también entre particulares. En el apartado II.1.b de este capítulo vimos que, en el Estado Liberal, todos los derechos, excepto los políticos, eran derechos frente al Estado. La ampliación de los derechos que se genera con el Estado Social y Democrático de Derecho supone un cambio de perspectiva. En la actualidad, la constitución ya no sólo opera verticalmente, esto es, en la relación entre libertad y autoridad, sino también horizontalmente, en la relación entre sujetos sociales [Zagrebelski: 105].

Algunos derechos, como los que se reconocen en el ámbito laboral, tienen su ámbito natural en las relaciones entre particulares, por lo que no sólo imponen límites al Estado, sino también a otros agentes sociales. Este es el caso, por ejemplo, del derecho de huelga, que no sólo protege frente a prohibiciones, sino también ante restricciones impuestas por los empresarios.

Pero el cambio afecta también a los derechos civiles. La libertad de expresión, por ejemplo, ya no sólo se proclama frente al Estado, porque prohíbe prácticas como son la censura. Este derecho opera también frente a terceros, ya que impide que un ciudadano sufra represalias, como puede ser un despido, por el hecho de ejercerla en el ámbito de la empresa. Algo similar sucede con la libertad de conciencia. Cuando las constituciones proclaman que se garantiza la libertad ideológica y religiosa, protegen a las personas contra imposiciones o prohibiciones de determinadas formas de pensar por parte de los poderes públicos. Pero además, impide que otros agentes sociales repriman o castiguen a los ciudadanos en razón de su manera de pensar.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales sigue siendo polémica, especialmente cuando se trata de la eficacia frente a terceros de la igualdad. Puede suceder, en efecto, que dicho principio entre en colisión con otros derechos, como es la libertad de contratación o la libertad de empresa. A pesar de los criterios establecidos por las jurisdicciones constitucionales, no resulta sen-

cillo determinar cuándo debe prevalecer la igualdad o cuando esta debe ceder en beneficio de la libertad negocial.

### III.4.b) Garantías internas y garantías internacionales

Otra de las principales innovaciones que incorpora el Estado Social y Democrático de Derecho afecta a la protección de los derechos. Después de la segunda guerra mundial, las graves violaciones de derechos humanos generadas por los regímenes de carácter autoritario pusieron de manifiesto que, como afirmaba N. Bobbio, el problema más grave de nuestro tiempo no es el de fundamentar los derechos, sino el de protegerlos. En la actualidad, según el mismo autor, “no se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados” [1982: 9-10].

Para hacer frente a esta necesidad, el Estado Social y Democrático de Derecho refuerza las garantías de los derechos fundamentales en el plano nacional. A estas se añaden, además, nuevos instrumentos de protección consagrados en textos internacionales.

En la actualidad, las garantías que existen en el ámbito interno tienen diferente naturaleza. Así, es posible distinguir aquellas que actúan de forma preventiva, para evitar la violación de los derechos fundamentales, de las que tienen un carácter reparador, ya que se dirigen a restaurar el derecho e, indirectamente, el orden constitucional.

Como se señaló en el apartado II.1.a de este capítulo, la reserva de ley aseguraba, y sigue asegurando, los derechos fundamentales frente a posibles violaciones del poder ejecutivo. Es cierto que este poder ya no corresponde al monarca, sino a gobiernos cuyo presidente tiene legitimidad directa, cuando es elegido por los ciudadanos, o, al menos indirecta, porque es elegido por el parlamento y responde ante la cámara. Aun así, subsiste la desconfianza ante el ejecutivo, debido al refuerzo que este poder ha experimentado como consecuencia de la mayor intervención del Estado en la sociedad y en la economía. Hay que tener presente, además, que el gobierno y la administración son las autoridades que entran en contacto, diario y directo, con los

ciudadanos. Para evitar que esta proximidad genere perjuicios a las personas, la regulación de los derechos fundamentales se sigue reservando a la ley elaborada por el parlamento.

Ahora bien, la reserva de ley adquiere mayor dimensión porque no sólo actúa frente al ejecutivo, sino que se refuerza con respecto al parlamento. Para evitar que la asamblea vulnere los derechos fundamentales, algunas constituciones imponen límites al propio legislador. En algunas ocasiones, se exige que las leyes que afectan a los derechos fundamentales sean aprobadas con mayorías reforzadas o procedimientos especiales. En otras ocasiones, se impone que el legislador respete el contenido esencial del derecho constitucionalmente declarado.

Por ejemplo, en España el art. 81 CE reserva la regulación de los derechos fundamentales a un tipo especial de ley, esto es, la ley orgánica. Este tipo de leyes han de ser aprobadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

El límite del contenido esencial del derecho aparece en el art. 19 de la Constitución de la República Federal Alemana y es el precedente de lo dispuesto en el art. 53 CE, según el cual los derechos fundamentales sólo pueden regularse por leyes que, en todo caso, deben respetar su contenido esencial.

Las garantías reparadoras del derecho pueden tener distinta naturaleza. Así, en algunos casos, consisten en la creación de órganos como el defensor del pueblo, institución dotada de independencia con respecto a otros poderes. Su misión consiste, precisamente, en recibir quejas de los ciudadanos contra vulneraciones de derechos que provengan de la administración y en actuar como intermediario para que la violación cese o se compense.

Pero sobre todo, los derechos fundamentales gozan de una especial protección jurisdiccional, más intensa de la que corresponde a otro tipo de derechos. Así, algunos ordenamientos establecen procedimientos especiales para que los jueces y tribunales ordinarios entiendan y reparen las violaciones de derechos fundamentales con la celeridad que la gravedad del caso impone.

Este es, precisamente, el caso de nuestro país. Según el art. 53.2 CE cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos

fundamentales ante los tribunales ordinarios, mediante un procedimiento basado en la preferencia y sumariedad.

Junto a ello, algunos países conocen un recurso especial para la protección de los derechos fundamentales, esto es, el amparo. A diferencia de los procedimientos anteriores, este recurso entra en juego en caso de que los tribunales ordinarios no hayan otorgado la debida protección del derecho, por lo que se interpone ante el órgano especializado en la defensa de la constitución, esto es, el tribunal constitucional.

Aunque son varios los países europeos y latinoamericanos que conocen este tipo de recursos individuales ante la justicia constitucional, los casos más paradigmáticos son el recurso de amparo establecido en el art. 93.4.a) de la Constitución de la República Federal Alemana y el recurso de amparo previsto en el art. 161.1.b) CE.

Como antes se señalaba, el avance en la protección de los derechos fundamentales también ha sido muy significativo en el plano internacional. El primer paso fue, sin duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Organización de Naciones Unidas en 1950. Este texto sigue siendo una expresión de lo que la cultura jurídica universal identifica como derechos inherentes a la persona. Constituye, pues, un patrón, un canon de valoración para medir la legitimidad del poder que ostentan, o en algunos casos detentan, las autoridades nacionales de los Estados.

En el ámbito europeo siguen existiendo dos declaraciones, dualidad que tiene su origen en la situación en que estaba el continente después de la segunda guerra mundial. De un lado, era urgente consolidar el sistema democrático para evitar que Europa volviera a experimentar los horrores que habían supuesto movimientos tales como el nazismo y el fascismo. De otra, existía ya la conciencia de que sólo mediante una mayor integración económica era posible reconstruir la economía europea, tan maltrecha después del conflicto armado.

Los sectores que defendían una integración más laxa, de naturaleza política y sin cesiones de soberanía, crearon en 1949 el Consejo de Europa, cuyo objetivo era aproximar a los países europeos reafirmando valores característicos del sistema democrático tales como el imperio del Derecho y el respeto a los derechos fundamentales. En

la actualidad, forman parte de dicha organización 47 Estados. Tiene lógica que fuese en este contexto donde se elaborara, precisamente, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Fueron los partidarios de una mayor integración quienes, con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en abril de 1951, iniciaron el proceso que condujo a la creación de la Unión Europea. Es cierto que los impulsores de las Comunidades intentaban lograr, a largo plazo, una unificación política. Pero el carácter limitado y estrictamente económico de dichas organizaciones hizo impensable un reconocimiento general y completo de derechos y libertades fundamentales. Sólo con el tiempo, el incremento del poder transferido a las instituciones comunitarias hizo necesaria la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000, texto que adquirió plena eficacia jurídica en 2009 con la ratificación del Tratado de Lisboa.

Interesa resaltar que tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea no sólo gozan de sus propias declaraciones de derechos, sino que también establecen sus propios instrumentos de protección. En el ámbito del primero, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un órgano especializado en la defensa de los derechos proclamados en el Convenio. En el ámbito de la segunda, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene una misión más amplia, dado que su misión es salvaguardar el Derecho de la Unión Europea frente a las propias instituciones de la Unión y a los Estados miembros. Pero hay que recordar que la Carta de Derechos Fundamentales no sólo forma parte del ordenamiento de la Unión, sino que lo hace, además, como norma de máximo rango.

En principio, esta dualidad de declaraciones y de instancias de protección debería resolverse. En efecto, el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea establece que dicha organización se adherirá al Convenio Europeo. Ahora bien, dicha incorporación todavía no se ha producido y no parece que se vaya a producir a corto plazo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, determinó que el Proyecto de

Acuerdo de adhesión no era compatible con el Derecho de la Unión.

En resumen, los ciudadanos de nuestro continente no sólo gozan de la protección, muy eficaz en su conjunto, de sus propias instancias nacionales, sino que además pueden acudir a los Tribunales supranacionales que se acaban de mencionar. En algunas ocasiones se ha criticado los posibles efectos dilatorios de esta protección, señalando que muchas de las quejas que se presentan provienen de personas que han agotado las vías jurisdiccionales internas y vuelven a intentarlo ante los órganos internacionales como último recurso. Ahora bien, aun en los supuestos que se acaban de mencionar, dicho tipo de garantías tienen una funcionalidad innegable porque también en los países democráticos pueden darse graves violaciones de los derechos humanos. Estas vulneraciones afectan, sobre todo, a personas y casos que resultan extremadamente impopulares para la opinión pública nacional, cuya presión, mediante juicios paralelos a través de los medios de comunicación, puede acabar condicionando de manera indebida la imprescindible independencia que debe caracterizar a los órganos jurisdiccionales nacionales. En estos supuestos, alejar la decisión del lugar de residencia de sus destinatarios garantiza mayor rigor jurídico y, en definitiva, la imparcialidad del juicio [Weiler y Lockhart, 1995, 625].



# Capítulo Cuarto

## El poder dividido

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER. II.1. La formulación del principio. II.2. La variedad de formas de gobierno. II.3. Las formas de gobierno en el Estado Liberal: de la monarquía constitucional al presidencialismo. *II.3.a) La estructura de la monarquía constitucional. II.3.b) La aparición del presidencialismo.* II.4. El parlamentarismo en el Estado Social y Democrático de Derecho. *II.4.a) El papel del jefe del Estado: monarquías y repúblicas parlamentarias. II.4.b) La relación entre el poder legislativo y el ejecutivo. II.4.c) El gobierno como comité directivo del parlamento.* III. LA DIVISIÓN VERTICAL DEL PODER. III.1. La formación del Estado unitario y del Estado federal en el primer liberalismo. *III.1.a) El Estado unitario. III.1.b) El Estado federal estadounidense: un federalismo de integración.* III.2. La evolución de la distribución territorial del poder en el Estado Social y Democrático de Derecho. III.3. Los Estados regionales o federalismos de devolución. *III.3.a) la necesidad de consolidar la Unión. III.3.b) Constitución y autonomía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Para garantizar la libertad, no basta con limitar el poder desde el exterior, mediante el reconocimiento de derechos fundamentales, sino que hay que configurarlo de manera tal que su propia estructura impida las posibilidades de abuso. El Estado Constitucional ha conocido, y conoce, muchas formas de organizar el poder, que van desde una república federal, donde predomina un presidente elegido (aunque de forma indirecta) por los ciudadanos, como es el caso de los Estados Unidos, hasta repúblicas unitarias que también son presidencialistas (Francia) o sistemas descentralizados sólo de manera parcial en los que el parlamento adquiere mayor protagonismo, si bien bajo la dirección de un gobierno y con una jefatura del Estado monárquica, como es el Reino Unido.

Para ordenar esta variedad sigue siendo de utilidad la distinción clásica entre formas de Estado y formas de gobierno. Los criterios para distinguir estas dos categorías son muy variados. Quizá, el más

sencillo de todos sea el que utiliza C. Mortati. Para este autor, las formas de gobierno indican la manera en que las diferentes funciones del Estado se distribuyen entre los órganos constitucionales. Las formas de Estado derivan, sin embargo, de la manera en que pueblo, poder y territorio se relacionan entre sí [Mortati, 3].

Más adelante tendremos ocasión de analizar la manera en que se concreta esta clasificación. Por ahora, conviene resaltar que este capítulo no pretende tratar, de forma pormenorizada, las diferentes formas en que se organizan los Estados democráticos contemporáneos. Más bien, intenta resaltar las técnicas establecidas para asegurar que no haya excesos de poder que pongan en peligro la posición jurídica de las personas.

La primera de ellas es la división horizontal del poder, esto es, su distribución entre instituciones como son el parlamento y el ejecutivo (gobierno o presidente auxiliado por secretarios). Nace de la experiencia práctica del Reino Unido, como consecuencia de las dos revoluciones que sacuden a dicho país durante el siglo XVII, aunque es formulado teóricamente por Montesquieu en una forma que sigue siendo necesaria para conseguir que el poder frene al poder. La segunda es la división vertical del poder, esto es, su distribución territorial. Aunque en la historia ha habido muchos tipos de confederación, el estado federal contemporáneo nace en los Estados Unidos y, desde sus orígenes, se configura como una manera de asegurar que ni la Federación, ni los Estados miembros ejerzan una autoridad excesiva que ponga en peligro la libertad. Pero no cabe olvidar que también los Estados unitarios conocen formas de descentralización que aproximan la decisión a los ciudadanos, como es la autonomía local, y que hay una forma de Estado, el Estado regional o integral, donde los territorios que lo componen pueden llegar a tener iguales o mayores poderes que los Estados miembros de un Estado Federal.

## II. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL PODER

### II.1. *La formulación del principio*

A. de Toqueville consideraba que la división de poderes constituyó la gran aportación francesa a la doctrina del Derecho Público. El autor se sorprende de que, a pesar de la sencillez del principio y de

las contribuciones de la antigua monarquía en materia de administración, a nadie se le ocurriera distinguir el poder que debe ejecutar del que debe supervisar y decidir [Tocqueville, 237-238].

Lo cierto es que la división de poderes dista de ser una mera articulación de los órganos del Estado destinada únicamente a garantizar una mejor funcionalidad. La idea se consolida en Francia durante la revolución precisamente por estar íntimamente ligada a la noción de libertad que inspiró a dicho movimiento. Esta conexión explica, además, que mucho antes de que las primeras constituciones liberales vieran la luz, el principio hubiera sido intuitivo por J. Locke y definido, de manera muy próxima a como lo entendemos todavía hoy, por Montesquieu.

Locke capta con precisión la razón de ser de la división de poderes cuando la concibe como una consecuencia directa del contrato social, asunto que tuvimos ocasión de analizar en el capítulo I de estas páginas. La autoridad política que nace del pacto ha de articularse en atención a su finalidad esencial, esto es, preservar los derechos que, aunque transformados, los seres humanos conservan desde el estado de naturaleza. Desde este fundamento, en el Libro XII del *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, el autor distingue con nitidez el poder legislativo del poder ejecutivo. Ahora bien, y a diferencia de la formulación actual, el autor no configura un poder judicial autónomo, sino dependiente del poder legislativo y añade un poder federativo.

De un lado, para el autor, el poder legislativo es “el supremo del Estado” que está obligado a “gobernar mediante leyes fijas y establecidas, promulgadas y conocidas por el pueblo; no debe hacerlo por decretos extemporáneos”. Del mismo dependen “jueces rectos e imparciales encargados de resolver los litigios mediante aquellas leyes”. [Locke, 96-97] De otro lado, está el poder ejecutivo, cuya misión consiste en aplicar la ley y velar por la seguridad interior. El poder federativo sirve para velar por la seguridad hacia el exterior y consiste en “el derecho de la guerra y de la paz, el de formar tratados y alianzas y el de entablar todas las negociaciones que sean necesarias con las personas y las sociedades políticas ajenas”. J. Locke reconoce que este poder puede recaer en la misma persona que ostenta el poder ejecutivo y, aunque señala la diferencia entre ambos, no concede demasiada importancia a su denominación. Señala, en efecto, que “a ese poder podría, si eso parece bien, llamár-

sele federativo. Para mí el nombre es indiferente, con tal de que se comprenda bien de qué se trata”. [Locke: 111].

Ahora bien, sin duda, la concepción que mayor influencia ha tenido en el Estado Constitucional es la formulada por CH. L. de Secondat, Barón de Montesquieu en *El espíritu de las Leyes*, obra publicada en 1748, esto es, cuando la monarquía absoluta está consolidada e intenta fomentar el desarrollo de la burguesía mediante el despotismo ilustrado.

El libro, considerado como un precedente de los estudios de Ciencia Política, se enfrenta a la multiplicidad de forma de gobierno que existen en su época y a la diversidad de leyes que existen en los Estados. Ante esta variedad, el autor intenta encontrar las razones que explican por qué las leyes son como son y se diferencian las unas de las otras. Con este objetivo pasa revista a factores de muy distinta naturaleza, como son la forma de gobierno, la extensión de los Estados, el clima o la naturaleza del terreno. Es cuando se enfrenta a “las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la constitución”, en el Libro XI de la obra, cuando enuncia el principio de división de poderes.

La idea de libertad de la que parte el autor es ya muy próxima a la que inspira las revoluciones liberales y que hemos podido analizar en el apartado II.2 a) del capítulo III. En efecto, para el autor, la libertad no consiste en hacer lo que uno quiera, sino que nace de la relación del individuo con la ley. Esta norma delimita el ámbito de libertad, que consiste, precisamente, en “hacer todo lo que las leyes permiten” y en “no estar obligado a hacer lo que las leyes no imponen” [Montesquieu, 150].

El autor considera que la libertad política sólo existe cuando no se abusa del poder. Y añade una idea que sigue siendo nuclear en el Derecho Constitucional. Para el autor, “es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por las disposición de las cosas, el poder frene al poder”.

Para profundizar en esta idea, Montesquieu se remite a la única nación en el mundo que, a su juicio, tiene como objeto directo la libertad política: Inglaterra. Por ello se propone “examinar los principios

en que se funda: si son buenos, la libertad se reflejará en ellos como en un espejo” [Montesquieu, 151].

A la hora de llevar a cabo este análisis, el autor distingue, en primer lugar, las tres funciones que existen en cada Estado. En primer lugar identifica el poder legislativo, mediante el cual se promulgan leyes, enmiendan o derogan las existentes. Por función ejecutiva, entendiéndole la facultad de “disponer de la guerra y de la paz, enviar o recibir embajadores, establecer la seguridad, prevenir las invasiones”. Por último, la función judicial consiste en castigar los delitos o juzgar las diferencias entre particulares. Pero Montesquieu no se limita a identificar estas funciones. En su opinión, “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas...ejerciera los tres poderes” “[Montesquieu: 151]. Su gran acierto reside en subrayar que es preciso atribuir cada función a un órgano y establecer unos límites y contrapesos entre los mismos de manera que, efectivamente, el poder frene al poder.

La manera en que el autor distribuye las funciones entre los distintos órganos y establece sus limitaciones recíprocas será definitiva en el diseño de la monarquía constitucional, asunto del que se tratará más adelante. Según el autor, el poder legislativo debe repartirse entre la nobleza y el pueblo, representados cada uno por una cámara legislativa. El pueblo no actuará por sí mismo, sino por representantes elegidos en circunscripciones por todos los ciudadanos, “excepto aquellos que están en tal estado de bajeza que se les considere carentes de voluntad propia”. Dicho cuerpo de representantes tiene la tarea de hacer las leyes y el control de su ejecución. Sus miembros deberían ser elegidos sin mandato imperativo. La nobleza ha de constituir una segunda cámara ya que, si este cuerpo social no estuviera representado en el legislativo, el pueblo tomaría siempre decisiones en su contra. La pertenencia a esta cámara habría de tener carácter hereditario, pero carecería de auténtica función legislativa. Su único poder consistiría en frenar que determinados proyectos de la otra cámara pudieran llegar a ser leyes.

En definitiva, “el poder legislativo se confiará al cuerpo de nobles y al cuerpo que se escoja para representar al pueblo; cada uno de ellos se reunirá en asambleas y deliberará con independencia del otro y ambos tendrán miras e intereses separados” [Montesquieu: 154].

El poder ejecutivo debe de estar en manos de un monarca, porque será mejor administrado por una sola persona. Ahora bien, Montesquieu admite que el rey pueda ejercitar su poder ayudado por consejeros o secretarios de su elección.

Por último, el poder judicial debe dejarse en manos de jueces elegidos por los ciudadanos. El autor dedica poca atención a este poder, ya que lo considera casi nulo. En efecto, Montesquieu reconoce que los tribunales no deben ser fijos, pero sí deben serlo las sentencias, “hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella” [Montesquieu, 153]. Esta visión del poder judicial, como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, será decisiva en la manera restrictiva en que los ordenamientos continentales configurarán la interpretación de las normas y, sobre todo, de la Constitución, extremo que se analizará con más detenimiento en el apartado II.2 del capítulo quinto.

Como se ha señalado anteriormente, para Montesquieu no basta con esta división de funciones entre órganos, sino que también dichos poderes se articulen entre sí de manera que el poder frene al poder. Con esta finalidad, el autor reconoce al legislativo la facultad de examinar cómo son cumplidas las leyes que ha promulgado. Por ello, llegado el caso, podrá censurar al ejecutivo, en caso de que haya cumplido mal sus instrucciones. Ahora bien, el reproche no puede dirigirse hacia el rey, cuya persona es sagrada e inviolable, sino a sus ministros, que asumen la responsabilidad ante las cámaras. De otro lado, el monarca puede disolver las cámaras y convocar nuevas elecciones. Pero la forma en que se lleva a la práctica este sistema de “frenos y contrapesos” se analizará más adelante, cuando se trate de la monarquía constitucional.

## *II.2. La variedad de formas de gobierno*

El principio enunciado por Montesquieu inspiró, y sigue inspirando, muchos ordenamientos constitucionales contemporáneos. Ahora bien, a lo largo de la historia ha ido adaptándose a las peculiaridades de los países, articulándose de maneras muy distintas. Como se señalaba al inicio de este capítulo, existen muchas diferencias entre el sistema que predomina en Estados Unidos, donde la legitimidad del

presidente tiene su razón de ser en la elección por los ciudadanos, y España o el Reino Unido, donde el rey desempeña una función simbólica, mientras que la dirección del Estado corresponde a un gobierno elegido por el parlamento.

Para hacer frente a esta diversidad, se suele utilizar la expresión formas de gobierno y clasificarlas según el poder que establece la dirección política que orienta la actividad de los poderes públicos.

Aunque la noción de dirección política es fácil de intuir, siempre ha resultado una noción ambigua y polémica. Llega al art. 97 de nuestra Constitución a partir del concepto de “indirizzo politico” elaborado por la doctrina italiana (V. Crisafulli y C. Mortati, sobre todo) en los años anteriores e inmediatamente posteriores a la elaboración de la Constitución de 1947 [Martines: 137].

Coherentemente, la clasificación de las formas de gobierno deja de lado al poder judicial, dado que este no ejerce autoridad política. Se atiende, pues, únicamente a la relación entre el poder ejecutivo y el legislativo. Suele decirse, así, que existen básicamente dos formas de gobierno. La primera de ellas es el presidencialismo, donde la función de dirección política corresponde a un presidente elegido (directa o indirectamente) por los ciudadanos. La segunda es el parlamentarismo, que ha experimentado una larga evolución. En esta forma de gobierno, en un principio, la función de dirección política correspondía al parlamento, por ser el único órgano representativo de todo el pueblo. Con el tiempo, sin embargo, el gobierno ha ido asumiendo mayor protagonismo, dado que las constituciones le atribuyen la dirección de la política interior y exterior, así como de la actividad administrativa. En la actualidad, la gran diferencia con el sistema presidencial estriba en que, en el sistema parlamentario, el poder ejecutivo es elegido por el parlamento y responde ante el mismo, pudiendo ser cesado en caso de que se aparte de la orientación política dominante en las cámaras.

La variedad de formas de gobierno que existen en la realidad ha conducido a identificar otras formas de gobierno, como son el sistema semi-presidencial, que predomina en Francia, o el sistema de asamblea o de convención que existe sólo en Suiza. Lo cierto es que estas formas de gobierno, por la manera de funcionar en la práctica, pueden considerarse variantes del sistema presidencial y del sistema parlamentario o, a lo sumo, formas mixtas de ambos.

Junto a ello, y cuando se tiene en cuenta tan sólo la jefatura del Estado, los países se dividen en monarquías y repúblicas. Con respecto a esta distinción conviene hacer algunas precisiones. Hasta principios del siglo XX, la diferencia entre ellas era muy acusada, ya que la primera se asociaba con sistemas de corte conservador. El hecho de que el jefe del Estado tuviera carácter hereditario y desempeñara un papel protagonista en el sistema político se consideraba una restricción indebida del principio democrático. Frente a ello, la naturaleza electiva del presidente hacía de las repúblicas un sinónimo de modernidad y respeto a las libertades.

Esta es, precisamente, la mentalidad que predominaba en España antes de la proclamación de la II República y que condujo a la Constitución de 1931. La monarquía, más que una forma de gobierno, era considerada por las fuerzas que triunfaron en las elecciones municipales de ese año, tras las cuales el Rey Alfonso XIII optó por el exilio, un régimen político de carácter despótico, restrictivo de las libertades y marcado por la oligarquía y el caciquismo.

En la actualidad, las cosas son más complejas. En primer lugar porque, como veremos más adelante, algunas monarquías han evolucionado y ahora es compatible la pervivencia de la corona con la plena implantación de la soberanía popular. Pero además, la experiencia demuestra que hay sistemas republicanos donde la elección directa del presidente deriva en sistemas de corte caudillista y autoritario.

Lo cierto es que no existe todavía un criterio claro y definitivo para distinguir entre las dos formas de gobierno. Es cierto que las repúblicas tienden a ser electivas, pero ha habido casos en los que el presidente alcanza el poder como resultado de la fuerza o por sus poderes carismáticos. De otro lado, en los países democráticos, la legitimidad de la corona es de naturaleza indirecta y deriva de que el rey es titular de un cargo creado por la constitución, norma que expresa la soberanía popular.

La pluralidad de las formas de gobierno, la atenuación de las diferencias entre presidencialismo y parlamentarismo y su combinación con la forma de elección de la jefatura del Estado hacen difícil clasificar las formas de gobierno. Este intento, además, podría tener sentido desde el punto de vista del Derecho Comparado, pero no es una necesidad urgente desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

Para comprender la manera en que se organiza el poder en los Estados Constitucionales contemporáneos, especialmente el nuestro, es más conveniente seguir un esquema evolutivo. Desde un punto de vista histórico, la primera de las formas de gobierno organizada conforme al principio de división de poderes es la monarquía constitucional, que se implanta en el Reino Unido como consecuencia de las dos revoluciones acontecidas en el siglo XVII. Esta es la estructura que inspiró a Montesquieu y que luego evolucionó de maneras distintas, dando lugar, de un lado, a la forma de gobierno parlamentaria y, de otra, a la forma de gobierno presidencial.

### *II.3. Las formas de gobierno en el Estado Liberal: de la monarquía constitucional al presidencialismo*

#### **II.3.a) La estructura de la monarquía constitucional**

No es sencillo determinar el momento en que la monarquía empieza a ser constitucional en el Reino Unido, ya que se trata de un largo proceso en el que, paulatinamente, el rey pierde autoridad en favor del parlamento y, sobre todo, de la mayoría política que predomina en la Cámara de los Comunes. No hay que olvidar, además, las aportaciones de la revolución francesa y las que provienen de la doctrina alemana del derecho público del siglo XIX. Lo cierto es que esta forma de gobierno predomina en casi toda Europa a lo largo del siglo XIX y parte del XX, incluido el caso de España.

A pesar de la variedad de tiempo y lugar, puede afirmarse que la monarquía constitucional descansa sobre la doble titularidad de la soberanía que analizamos en el capítulo I. Frente a lo que había sucedido en la monarquía absoluta, el rey pierde parte de sus poderes, aunque conserva una posición central dentro del sistema político, justificado por razones históricas o, como sucedía en algunas de las constituciones españolas de la época, por derivar de la “gracia de Dios”. De otro lado, el parlamento asume parte de la soberanía en virtud de su carácter representativo de la nación. Entre las muchas consecuencias que derivan de esta dualidad de la soberanía, destaca la inviolabilidad que se atribuye a sus titulares. Así, se asienta el principio de que el monarca no puede equivocarse, por lo que está exento de cualquier tipo de responsabilidad, política o jurídica. Por

otra parte, ningún otro poder puede interferir en la independencia del parlamento, poniendo en riesgo su libertad a la hora de representar los intereses de la nación.

El poder político se distribuye entre estos dos centros de poder de una manera muy similar a la que diseñaba L. Ch. Montesquieu. De un lado, las cámaras tienen la potestad legislativa, mediante la elaboración de la ley. De otro, el monarca conserva el poder ejecutivo, que no ejerce en solitario, sino con la ayuda de secretarios, que luego devendrán ministros.

Ahora bien, como también subrayaba Montesquieu, debían existir frenos y contrapesos entre los poderes, esto es, injerencias de uno sobre otro diseñadas para evitar que excedan su autoridad en perjuicio del bien común.

En las monarquías constitucionales, la corona tenía derecho a intervenir en la última fase del procedimiento de elaboración de la ley mediante la sanción. Este acto se exteriorizaba mediante la firma del texto de la ley por parte del rey y expresaba su conformidad con el contenido de dicha norma. La ley era, pues, el resultado de un acuerdo de voluntades, ya que no bastaba con la del parlamento sino que era preciso también contar con el consentimiento de la corona. Como la sanción era un acto libre del monarca, éste podía otorgarla o bien denegarla. En este último caso, ejercía el derecho de veto. La negativa del rey a firmar la ley expresaba, así, su disconformidad ante un contenido que consideraba contrario al interés público.

Además, el rey disponía del poder de convocar y disolver las cámaras. Es verdad que, en muchos ordenamientos, se establecían períodos en los cuales las cámaras debían de estar obligatoriamente reunidas, para evitar que el poder ejecutivo gobernara en solitario y sin ningún tipo de control. Pero el monarca podía poner fin a la legislatura convocando nuevas elecciones y un nuevo parlamento. Este poder es fundamental para comprender el papel nuclear que el monarca ostenta durante la monarquía constitucional ya que le permite ser el árbitro en caso de conflicto entre sus ministros y el parlamento. En este caso, la corona podía dar la razón a sus secretarios, disolviendo las cámaras, o bien inclinarse del lado del parlamento, cesando a sus ministros.

En nuestro país, al menos, la práctica habitual era que el rey optara por mantener a los ministros que él mismo había designado, disol-

viendo las Cortes. Como consecuencia de la escasa transparencia del sistema electoral, además, en pocas ocasiones ganaban las elecciones mayorías con una ideología diferente a la del gobierno de turno.

Como compensación, las cámaras tenían derecho a controlar al poder ejecutivo. Y es aquí donde aparece una de las instituciones que mayor influencia ha tenido en la evolución de la monarquía, esto es, el refrendo ministerial. Este consiste en la obligación de que todos los actos del rey vayan firmados por uno de sus ministros, quien asume la responsabilidad del mismo ante el parlamento. Mediante el refrendo se hizo posible armonizar la pervivencia de la corona con el nuevo protagonismo asumido por el parlamento, ya que suplía el vacío de responsabilidad que comporta la inviolabilidad del monarca. El principio según el cual el “rey no puede equivocarse” se completa pues con otro, según el cual “el rey no puede actuar solo”.

La responsabilidad que se atribuye a los secretarios es, en un principio, sólo de naturaleza penal ya que los ministros no necesitaban de la confianza del parlamento para seguir en el cargo, sino sólo del rey. Por eso, el parlamento únicamente podía exigirla por la comisión de determinados delitos, como era la alta traición. A tal efecto surge en Inglaterra un procedimiento especial, el *impeachment*, cuya finalidad es exigir la responsabilidad de quienes habían asumido como propia la actuación del monarca.

La historia del *impeachment* en el Reino Unido es anterior a la instauración de la monarquía constitucional, ya que se utilizó por primera vez en 1376 contra Lord Latimer. La última vez que se hizo uso de ella, aunque sin éxito, fue en 1806 contra Henry Dundas, Vizconde de Melville, secretario de Estado para la Guerra, por apropiación indebida de fondos públicos. En la historia de este país ha habido en torno a setenta impeachments y una cuarta parte de ellos se tramitaron entre 1640 y 1642, esto es, inmediatamente antes de la primera revolución [Caird, 6].

### II.3.b) La aparición del presidencialismo

El movimiento de independencia norteamericano supuso una radical ruptura política con la antigua metrópoli. Desde la declaración de independencia muchas de las antiguas colonias comenzaron a ela-

borar textos constitucionales donde la relación entre el gobernador y las asambleas legislativas variaban según las circunstancias políticas que cada una de ellas atravesaba. Sin embargo, la separación no fue tan radical en lo que se refiere a la tradición jurídica que los colonos habían heredado del Reino Unido. Aunque se trataba de crear una nueva estructura de poder, se conservó gran parte de la cultura y de las normas del Reino Unido que habían estado vigentes en las colonias ante de la guerra.

Esto explica que, cuando los delegados de los Estados se reunieron en Filadelfia para elaborar la Constitución federal de 1787, la forma de gobierno que mejor conocían era la monarquía constitucional que acabamos de describir. No es de extrañar, pues, que esta experiencia pesara sobre los redactores de la nueva norma fundamental.

Los debates de la convención demuestran que sus miembros conocían en profundidad la obra de Montesquieu. Además, la forma de gobierno británica había sido analizada y popularizada por William Blackstone en sus *Commentaries On The Laws of England*, publicados entre 1756 y 1769, libro que tuvo gran difusión entre los juristas y la clase política de las colonias norteamericanas [Miles, Dagley, Yau, 50-54].

Es cierto que la organización del poder que instauraron los *Framers* introduce una gran novedad ya que, frente a una monarquía hereditaria, inauguraron un sistema republicano encabezado por un presidente elegido por los ciudadanos, si bien a través de compromisarios. Esta transformación puede considerarse radical para la época, sobre todo si tenemos en cuenta que casi todos los grandes países europeos seguían siendo monarquías. Pero, en otros aspectos secundarios, el sistema presidencial que inaugura la Constitución de 1787, y que tanta influencia ha tenido en los países de América Latina, no difiere demasiado de la estructura de la monarquía constitucional que acabamos de analizar.

Así, el sistema es dual, porque tanto el Congreso como el Presidente gozan de la legitimidad que proviene de la elección popular. El ejecutivo es monista, ya que el Presidente es al tiempo jefe de Estado y de gobierno. El art. segundo, sec. primera de la Constitución estadounidense atribuye al Presidente el poder ejecutivo, que desempeña con la ayuda del vicepresidente y de los secretarios. Estos últimos son designados

por el Presidente y responden únicamente ante él. El poder legislativo corresponde a un Congreso bicameral compuesto por la Cámara de Representantes y el Senado. Esta Cámara pierde el carácter nobiliario que tenía en las monarquías constitucionales para transformarse en una Cámara donde los representantes de los Estados miembros pueden expresar los intereses de dichas entidades territoriales.

El sistema de frenos y contrapesos entre ambos poderes se aproxima al que diseñaba Montesquieu y caracterizaba al sistema británico. En efecto, de una parte, la firma del presidente es necesaria para que las leyes entren en vigor. Tiene, pues, derecho de veto sobre dichas normas, aunque la negativa del Presidente puede ser levantada si dos tercios de cada Cámara vuelven a votar a favor de la ley. De otro lado, las Cámaras pueden controlar la acción del ejecutivo, si bien de manera limitada. En efecto, la principal forma de responsabilidad es de naturaleza penal y, como ocurría en el sistema británico, el procedimiento para exigirla es el *impeachment*.

En todo caso, tampoco conviene exagerar las similitudes entre la monarquía constitucional y el sistema presidencialista, ya que existen diferencias notables entre ambas formas de gobierno. En efecto, la división del poder es más tajante todavía en el segundo, dado que el Presidente no puede disolver las cámaras y carece de iniciativa legislativa, facultades que, sin embargo, reconocían al monarca algunos textos europeos. Un buen ejemplo de estas potestades de la corona son los arts. 9 y 10 del Estatuto Albertino de 1841, texto que, tras la unificación de 1861, constituyó la primera constitución italiana. Estuvo en vigor, al menos de manera formal, hasta después de la segunda guerra mundial.

## ***II.4. El parlamentarismo en el Estado Social y Democrático de Derecho***

### **II.4.a) El papel del jefe del Estado: monarquías y repúblicas parlamentarias**

Pocos países europeos, sin embargo, siguieron el ejemplo norteamericano. En nuestro continente se implantó paulatinamente el parlamentarismo, que se combinó con jefaturas del Estado monárquicas o republicanas.

Desde un punto de vista histórico, el país que inaugura esta forma de gobierno es, nuevamente, el Reino Unido. Fue allí donde, por primera vez, se hizo necesario conciliar dos extremos que, en un principio, parecían contradictorios: de un lado, la pervivencia de una jefatura del Estado de carácter hereditario y, de otro, la paulatina implantación del principio democrático que culminó con el reconocimiento del sufragio universal.

La monarquía parlamentaria actual, tal y como se conoce en los países europeos que siguen esta forma de gobierno, quiebra la dualidad que caracterizaba a la monarquía constitucional, resolviéndola a favor del parlamento, único órgano que expresa la soberanía popular en virtud de su naturaleza representativa. La corona deja, pues, de ser un cargo que se ejerza por derecho propio para pasar a configurarse como un oficio creado por el ordenamiento jurídico y que corresponde a su titular en virtud de las reglas de sucesión establecidas en dichas normas. En los países donde existe constituciones escritas, estas enumeran, además, las funciones que le corresponden.

La definitiva superación de la soberanía monárquica supone, también, que el rey pierda cualquier vestigio de poder, dado que, en un sistema democrático, sólo quienes se encuentran directa o indirectamente legitimados por las urnas tienen capacidad de decisión política. El poder ejecutivo que antes ostentaba el Rey pasa en su totalidad al gobierno. Esta institución adquiere plena autonomía frente a la corona y asume una estructura colegial, bajo la dirección del presidente, que ya ni es nombrado ni separado libremente por el monarca sino por el parlamento, en los términos que luego se analizarán.

El rey pierde, además, su intervención en la función legislativa, porque la sanción de las leyes se transforma en un acto puramente formal. La ley se sigue concibiendo como una expresión de voluntad, pero sólo del parlamento.

Esto no significa que la figura del rey carezca de significado, sino que sigue desempeñado un papel destacado en el sistema constitucional al desempeñar la jefatura del Estado. Como tal, simboliza a dicha entidad territorial y asume su representación tanto en el interior, con respecto al resto de órganos constitucionales, como hacia el exterior, en el marco de las relaciones internacionales. Para garantizar que pueda desempeñar esta función correctamente goza de inviolabilidad, por

lo que sigue careciendo de responsabilidad, política y jurídica. Quienes asumen dicha responsabilidad son las autoridades que refrendan sus actos y que pueden ser el presidente del gobierno o los ministros.

El refrendo desempeña un papel crucial en el tránsito de la monarquía constitucional a la parlamentaria. Con el tiempo, el contenido del acto que proviene de la jefatura del Estado ya no será decidido por el rey sino por la persona que refrenda y asume su responsabilidad ante las cámaras. En la actualidad el sentido auténtico del refrendo es casi opuesto al que tenía en la monarquía constitucional. Hoy en día, el acto es decidido por el presidente del gobierno o el ministro, esto es, la figura que formalmente refrenda pero que, en realidad, dicta el acto. La firma del rey, esto es, la sanción, sólo supone que el rey lo hace suyo como jefe del Estado.

Esto explica que algunas constituciones, como es la española, enumeren las atribuciones del rey de una manera muy similar a como lo hacían los textos del siglo XIX. Se reconocen a la corona funciones tales como la convocatoria de elecciones, la disolución del parlamento o la declaración de la guerra o la firma de la paz. Pero estos actos ya no reflejan la voluntad del monarca, sino de otras instituciones, como son el parlamento o el gobierno. El rey, por ser jefe del Estado, está constitucionalmente obligado a sancionarlos. Son, pues, actos debidos del monarca.

Aunque, como se ha señalado anteriormente, el parlamentarismo nace en sistemas monárquicos, no tarda en adaptarse a sistemas de corte republicano. En estos casos, como sucede en Italia o en la República Federal Alemana, el presidente de la república suele ser elegido por el parlamento y desempeña la jefatura del Estado. Aunque sus poderes pueden ser más intensos de los que corresponden a la corona en los sistemas monárquicos, no alcanzan a los atribuidos a los presidentes de elección popular, ya que carecen de la legitimidad de la que estos últimos gozan.

En Italia, por ejemplo, el Presidente de la República es elegido en una sesión conjunta de la Cámara de Diputados y el Senado cada siete años y tiene el poder de disolver las asambleas y vetar las leyes, si bien con límites. Así por ejemplo, el art. 74 de la Constitución le permite devolver las leyes a las asambleas para una nueva deliberación, pero esta facultad tiene que ejercerse de manera

motivada y por una sola vez. Si las cámaras vuelven a aprobar el texto, la ley debe ser promulgada.

Las diferencias entre las repúblicas y las monarquías parlamentarias se ciñen a las que se acaban de mencionar y, como hemos visto, se refieren sobre todo a la jefatura del Estado. Por lo demás, ambos sistemas son dualistas ya que, junto a la jefatura del Estado, prevén la existencia de un presidente del gobierno o primer ministro. Además, y como veremos a continuación, la relación entre el gobierno y el parlamento se articula de manera similar.

#### **II.4.b) La relación entre el poder legislativo y el ejecutivo.**

La división de poderes en los sistemas parlamentarios es más flexible que en los sistemas presidencialistas, dado que las interconexiones entre poder legislativo y poder ejecutivo son mucho más intensas. Como se verá seguidamente, en estos sistemas el gobierno (o, al menos, su presidente) sale del parlamento y necesita de su confianza para continuar en el ejercicio de sus funciones. Pero, en compensación, el gobierno goza de facultades para interferir en la actividad del parlamento.

El dato más significativo del sistema parlamentario es la elección parlamentaria del presidente del gobierno a través del procedimiento de investidura.

Las fórmulas de elección son muy diversas. En España, el Senado no participa en la elección sino que la investidura sólo corresponde al Congreso de los Diputados, mediante el procedimiento previsto en el art. 99 CE. En el Reino Unido ni siquiera es necesaria la votación, dado que la Corona nombra directamente primer ministro al líder del partido político que cuente con más escaños en el parlamento. Hay países, como Italia, en los que tanto la Cámara de los Diputados como el Senado participan en la elección de todo el gobierno en su conjunto.

El ejecutivo carece, pues, de legitimidad directa, dado que no es votado por los ciudadanos. Es verdad que, generalmente, el parlamento suele designar como presidente del gobierno al líder del partido que ha ganado las elecciones. Pero este resultado no es imprescindible. En caso de gobiernos de coalición o cuando, por crisis internas de la

mayoría, dimite el presidente, el parlamento puede designar a otra persona para el cargo. La clave para la elección del presidente es, pues, contar con mayores apoyos entre los miembros de la asamblea.

El gobierno, además, necesita de la confianza del parlamento para poder continuar en el ejercicio de sus funciones. Mientras que en la monarquía constitucional los secretarios del rey asumían sólo responsabilidad penal frente a las Cámaras, en la actualidad el gobierno y sus miembros también responden políticamente ante las asambleas.

La manera en que se articula este vínculo es distinta y depende, entre otros factores, del tipo de parlamento establecido. En algunas monarquías actuales, como son el Reino Unido y en España, el parlamento sigue siendo bicameral, mientras que en otros (como es Suecia) está compuesto por una sola cámara. La relación entre gobierno y parlamento es más estrecha con la cámara baja (sea esta la Cámara de los Comunes o el Congreso de los Diputados). La otra cámara, como es el caso de nuestro Senado, puede desempeñar algunas funciones de control, pero muy limitadas con respecto al Congreso de los Diputados.

Para hacer efectiva esta responsabilidad, el parlamento dispone de la función de control, que ejercita a través de diferentes instrumentos. Los más radicales son los medios de carácter extraordinario, esto es, la aprobación de la moción de censura o la denegación de la cuestión de confianza, que pueden forzar la caída del gobierno. El primero de ellos consiste en un debate y en una votación a iniciativa de los miembros del parlamento. En caso de que prospere, el presidente del gobierno está obligado a presentar la dimisión al jefe del Estado. La cuestión de confianza parte, sin embargo, del presidente, quien acude a las cámaras para revalidar el apoyo que recibió con la investidura. En caso de que el presidente no obtenga la mayoría suficiente también estará obligado a dimitir.

Junto a estos medios tan contundentes existen otros que tienen consecuencias menos drásticas, dado que su misión consiste en verificar que el gobierno lleve a cabo su gestión conforme a las tendencias que predominan en el parlamento. Mediante instrumentos como las preguntas o las interpelaciones, los parlamentarios o los grupos en los que se integran pueden conseguir que el ejecutivo dé explicaciones

sobre la forma en que está actuando en cuestiones concretas o en asuntos de naturaleza más general.

Como se señalaba al inicio de este epígrafe, el parlamentarismo también atribuye al gobierno instrumentos para influir en la actividad del parlamento. La principal de ellas es la posibilidad de disolver las cámaras y convocar nuevas elecciones. En principio, el mandato del parlamento tras las elecciones es fijo y suele establecerse entre cuatro o cinco años, según los sistemas. Puede ocurrir, sin embargo, que antes de que concluya este periodo, el gobierno pierda el apoyo parlamentario o necesite revalidar su mayoría. En este caso, el ejecutivo puede decidir que los ciudadanos vuelvan a las urnas para elegir un nuevo parlamento.

Además, el gobierno puede activar el procedimiento legislativo presentando proyectos de ley. El más importante de todos es el proyecto de ley de presupuestos, dado que dicho texto contiene la previsión de ingresos y gastos para todo el sector público durante el año. Condiciona, pues, toda la actividad del gobierno y de la administración durante ese periodo de tiempo, al establecer los fondos de que puede disponer el ejecutivo para llevar a cabo su programa.

#### **II.4.c) El gobierno como comité directivo del parlamento**

La articulación de poderes que se acaba de describir podría hacer pensar que, en la forma de gobierno parlamentaria, predomina el legislativo sobre el ejecutivo. Y, quizá, esto fuera así en algunos momentos de la historia europea, fundamentalmente a principios del siglo XX. Ahora bien, la ausencia de mayorías parlamentarias estables y la fragmentación de los partidos políticos, entre otros factores, condujeron a situaciones de grave crisis política.

Sirva como ejemplo que en Francia, dentro del periodo de la III República, entre 1879 y 1940, hubo 104 gobiernos con una duración media de 7 meses.

Ya después de la primera guerra mundial hubo intentos de “racionalizar el parlamentarismo” destinados, entre otros objetivos, a reforzar la estabilidad del sistema mediante la consolidación y reforzamiento del gobierno.

La expresión “racionalización del parlamentarismo” fue acuñada por B. Mirkin-Guetzévich en los años 30 del siglo XX. El autor constataba que, como resultado de la colaboración entre juristas y parlamentarios, se estaba produciendo una tendencia común en las constituciones europeas para introducir procedimientos destinados a atribuir mayor estabilidad a los ejecutivos. En palabras del autor, “los miembros de las diversas Asambleas Constituyentes, acordándose de las frecuentes caídas de los Ministerios, productoras del debilitamiento del Poder, y a fin de proteger a los nuevos Estados de los embates de un parlamentarismo excesivo y contra las crisis ministeriales, demasiado repetidas, se esforzaron en reglamentar un voto de confianza, y así encontramos en ciertos textos nuevos procedimientos que, sin atender a la libertad del Parlamento, tienden a otorgar al Gobierno garantías contra un voto prematuro o irreflexivo de desconfianza” [Mirkin-Guetzévich, 51-52].

Estos intentos prosperan, definitivamente, después de la segunda guerra mundial. El final de dicho conflicto armado significó la superación de sistemas autoritarios que, en países como Italia o Alemania, habían fracturado los pilares esenciales del Estado Constitucional. Primero en estos países y luego en otros, como Portugal, Grecia y España (ya en los años setenta del pasado siglo) se abrió un periodo de creación de nuevas constituciones. El punto de partida fue el análisis de las causas que habían conducido a la crisis y caída de los regímenes democráticos precedentes, con el objetivo de poner remedios para evitar que volviera a repetirse la experiencia.

La mayoría de los Estados antes mencionados rechazaron la posibilidad de establecer sistemas presidencialistas. Contra esta forma de gobierno no sólo se argumentaba la excesiva rigidez de la división de poderes, sino también el excesivo poder que se concentra en el jefe del Estado. La experiencia latinoamericana demostraba, además, que el presidencialismo sólo podía funcionar si se daban determinadas circunstancias sociales y políticas, presentes en Estados Unidos pero ausentes en Europa. Para unos sistemas políticos que salían de regímenes de carácter autoritario, el predominio del presidente podía poner en riesgo la democracia recién instaurada y negar el papel que los partidos políticos estaban destinados a desempeñar.

La idea que predominó consistió, pues, en mantener el parlamentarismo, aunque dicha forma de gobierno se intentó perfeccionar

estableciendo instrumentos para hacer conciliables la estabilidad y eficiencia con la democracia, medios que G. Sartori definió más tarde como mecanismos de “ingeniería constitucional” [Sartori, 1994].

Dejando de lado las reflexiones de dicho autor que se refieren, entre otros extremos, a los sistemas electorales, merece la pena tener en cuenta los medios que más afectan al sistema parlamentario y que se refieren a la relación gobierno-cámaras. En general, todos ellos procuran dos metas: de un lado, garantizar la formación y estabilidad del gobierno; de otro, reforzar sus atribuciones, especialmente con respecto al parlamento.

Así, se procura agilizar la formación del gobierno, haciendo que el procedimiento de investidura afecte sólo al presidente y no a todo el gobierno. De esta manera, se permite al jefe del ejecutivo elegir libremente a los ministros y cesarles en el cargo, sin que precise para ello del voto favorable del parlamento.

Junto a ello, se intenta asegurar la permanencia del ejecutivo mediante una regulación restrictiva de la moción de censura. Hay sistemas, como el previsto en el art. 67 de la Constitución de la República Federal Alemana y en el art. 113 de la Constitución española, que la configuran de manera constructiva, ya que quienes la presentan deben proponer, al mismo tiempo, un candidato alternativo. El cese del anterior presidente y la elección del nuevo se resuelven, además, en una misma votación. Con ello se evita que se formen mayorías puramente negativas, destinadas a derribar al gobierno, sin que exista el consenso necesario para elegir a uno nuevo.

También se intenta asegurar la coherencia y solidez interna del gobierno realizando expresamente la figura del presidente del Gobierno con respecto al resto de los ministros. Se abandona, pues, la configuración del presidente como un mero *primus inter pares*, esto es, como un jefe puramente honorífico sin auténtica autoridad sobre los demás miembros del gobierno, que había caracterizado al primer parlamentarismo. El presidente es, ahora, quien dirige la acción de gobierno y coordina las funciones de sus miembros.

La evolución del parlamentarismo ha supuesto, además, un notable refuerzo del poder ejecutivo con respecto a las cámaras. Este fenómeno es consecuencia, entre otras causas, de las exigencias impuestas por el mayor intervencionismo estatal que caracteriza al Estado So-

cial. El protagonismo de los poderes públicos en los ámbitos sociales y económicos ha favorecido al poder ejecutivo, que dispone de medios de acción más intensos y más ágiles para dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos de los que disponen los parlamentos. Mientras que en el parlamentarismo de entreguerras se podía sostener que el gobierno era un “comité delegado” del parlamento, en la actualidad es preciso concebirlo como el “comité directivo” de las asambleas.

Esta situación explica que, por ejemplo, la mayor parte de las leyes que el parlamento aprueba respondan a la iniciativa del gobierno, que activa el procedimiento legislativo mediante la presentación de proyectos de ley.

Hay que tener en cuenta, además, que algunos ordenamientos privilegian la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley del gobierno frente a las proposiciones de ley que presenten otros titulares de la iniciativa, tales como los propios grupos parlamentarios.

En España, por ejemplo, los proyectos de ley no están sometidos a la toma en consideración. Este trámite consiste en el debate y votación de la proposición de ley por parte del pleno de la cámara, actos mediante los cuales dicho órgano asume como propia la iniciativa o la rechaza (art.126.3 Reglamento del Congreso de los Diputados).

El protagonismo en el impulso legislativo obedece, en algunas ocasiones, a la preparación técnica que exige la regulación de determinadas materias, como es el medio ambiente o las tecnologías, que está más al alcance del ejecutivo que de los miembros del parlamento. En efecto, sólo el primero tiene a su servicio los medios personales y materiales que le brinda la administración pública. Hay que tener presente, además, que el gobierno cuenta, en principio, con la mayoría parlamentaria que le ha otorgado la confianza. Por eso, sus iniciativas tienen muchas más posibilidades de prosperar que las presentadas por los miembros del parlamento, sobre todo si estos forman parte de la oposición.

La posición del gobierno también se ha fortalecido por el reconocimiento a dicho órgano de intensas funciones de carácter normativo. En la actualidad, el ejecutivo dispone de una amplia potestad reglamentaria para el desarrollo de las leyes aprobadas por las cámaras. Pero además, algunos ordenamientos le atribuyen la facultad de dic-

tar disposiciones que se equiparan a las leyes en el sistema normativo. En algunos casos, este tipo de normas responden a la necesidad de hacer frente a situaciones urgentes que no pueden ser abordadas por el parlamento con la agilidad necesaria. En efecto, el procedimiento que siguen las cámaras contiene múltiples garantías para asegurar la participación de todos los grupos presentes en la correcta formación de la voluntad de las asambleas. Esta forma de operar es una exigencia del principio democrático que, inevitablemente, dilata en el tiempo la toma de decisiones. Estas limitaciones no afectan, sin embargo, al ejecutivo, órgano que, al expresar sólo la voluntad de la mayoría, puede resolver con mayor celeridad. En cualquier caso, para evitar que el gobierno se extralimite en el ejercicio de esta atribución, es frecuente que la norma elaborada por el gobierno deba ser después convalidada por las cámaras antes de que transcurra un determinado plazo.

En otros supuestos, el gobierno tiene facultad de dictar legislación delegada. En este caso, el parlamento autoriza previamente al ejecutivo a elaborar normas con la misma fuerza que las leyes sobre materias que, por su carácter complejo o excesivamente técnico, deben ser reguladas de manera precisa, con el apoyo de los medios con que cuenta la administración. Son frecuentes, por ejemplo, para redactar códigos o legislar sobre asuntos económicos, materias que son difíciles de abordar de manera armónica y adecuada por un órgano complejo como es el parlamento.

Antes de acabar con este tema es preciso hacer una mención al papel que los partidos políticos desempeñan en el sistema parlamentario. En el capítulo segundo pudimos analizar cómo estas formaciones son los actores principales de los sistemas democráticos contemporáneos, no sólo por su protagonismo en las elecciones sino también en el parlamento. Esta influencia se hace notar, también, en las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, atenuando la división de poderes. Dado que el gobierno es elegido por el parlamento, el color político del ejecutivo suele coincidir con la mayoría existente en las cámaras, por lo que no suele haber conflicto entre ambos. Esta identidad favorece al ejecutivo, dado que, como hemos visto, el parlamento suele respaldar las iniciativas legislativas del gobierno. Dificulta, además, la utilización de los medios de control, porque sería un contrasentido que las cámaras utilizaran algunos de ellos (sobre todo los extraor-

dinarios) para hacer efectiva la responsabilidad de un gobierno que responde a la misma ideología que la mayoría.

En muchas ocasiones se ha señalado que estos problemas constituyen disfunciones que ponen en peligro el principio de división de poderes. Hay que reconocer que, en algunos casos, esta afirmación tiene fundamento. No resulta sencillo explicar, por ejemplo, que algunos ordenamientos (como es el nuestro) atribuyan a la mayoría la decisión de poner en marcha algunos instrumentos de control, como son las comisiones de investigación. También resulta preocupante el excesivo uso que el gobierno hace de la potestad de dictar decretos-leyes, con la seguridad de que posteriormente estos serán convalidados por el Congreso de los Diputados.

Hay, sin embargo, otras críticas que carecen de razón de ser. No se puede reprochar al parlamentarismo, por ejemplo, que el partido en el gobierno sea el mismo que domina la mayoría parlamentaria, porque esta identidad, lejos de ser un defecto, constituye la propia naturaleza del sistema.

### III. LA DIVISIÓN VERTICAL DEL PODER

Al iniciar estas páginas se señalaba que las formas de Estado se ordenan teniendo en cuenta la relación entre pueblo, poder y territorio. Una de las clasificaciones más tradicionales resulta de la combinación entre pueblo y poder. Conforme a la misma, junto a los Estados Constitucionales democráticos, se identifican los Estados totalitarios, (esto es, las dictaduras del proletariado que comienzan a surgir a partir de la revolución Rusa de 1917) y los Estados autoritarios, (como fueron los sistemas fascistas que aparecen en países como Italia o Alemania entre la primera y la segunda guerra mundial).

Entre el Estado autoritario y el Estado totalitario existen muchas diferencias, dado que cada uno de ellos pretendía fines distintos. A pesar de ello, presentan algunos elementos comunes derivados de su propio origen histórico. Nacen como consecuencia de la crisis del Estado Liberal, por lo que ambos niegan los pilares básicos del Estado Constitucional, ya que falsean la idea de soberanía popular, niegan los derechos de libertad, alteran la división de poderes y desvirtúan el Estado de Derecho.

La idea de soberanía popular se encuentra desmentida porque ni se permite la correcta formación de la mayoría, ni se respeta el pluralismo político. Es verdad que, en algunos casos, el pueblo participa en la función de dirección política mediante procedimientos electorales o plebiscitos. Pero no es posible imputar los resultados de dichas elecciones al cuerpo electoral porque sólo las fuerzas afines al régimen tienen el derecho de presentar candidatos o expresar libremente sus ideas.

Esto enlaza con otras de las características que aproximan ambas formas de Estado: la negación de los derechos de libertad. Hay facultades que, a pesar de ser inherentes a la dignidad del ser humano como son la libertad personal, la libertad de conciencia, la libertad de expresión o el derecho de asociación, no se reconocen a quienes disienten de la ideología oficial. En compensación, este tipo de Estados pretenden legitimarse reconociendo, de forma más o menos generosa, algunos derechos sociales.

Ninguno de estos sistemas respeta la división de poderes. Aunque algunas veces este principio se proclama de manera retórica, en la práctica el poder se concentra en manos del jefe del Estado, quien acumula la autoridad en virtud de sus pretendidos valores carismáticos. Como consecuencia de todo ello, el Estado de Derecho se desvirtúa. Es verdad que, en algunas ocasiones, se enuncia la sumisión de todos los poderes del Estado a la ley. Pero esta declaración carece de eficacia porque, como resultado del falseamiento del principio democrático, la ley no es expresión de la voluntad popular sino de los órganos del propio Estado. No existe, además, una justicia verdaderamente independiente de los poderes políticos.

También en este caso hay que concluir que, quizá, el estudio de estas formas de Estado resulte de interés en el marco del Derecho Comparado, pero carece de relevancia a la hora de analizar el Estado Constitucional.

Hay otra clasificación que resulta de mayor interés por afectar plenamente a nuestra forma de Estado. Esta es la que deriva de la combinación entre el poder y el territorio. Durante el Estado Liberal, el elemento que se tenía principalmente en cuenta era la noción de soberanía, por lo que se identificaban dos formas principales: de un lado, el Estado unitario, donde la soberanía era única y correspondía

a la entidad central; de otro, el Estado federal, donde la soberanía estaba repartida entre las dos entidades territoriales que lo componen, esto es, la federación y los Estados miembros.

El Estado Social y Democrático de Derecho obliga a plantear las cosas de otra manera. En efecto, la clasificación no puede hacerse en los términos que se acaban de enunciar porque, como se concretará más adelante, ya no es posible atribuir la soberanía al Estado. Además, las diferencias entre las dos formas citadas se han atenuado. De un lado, los Estados unitarios se han ido descentralizando y, de otra, hay una creciente tendencia a la centralización en los Estados federales. Además, en el periodo de entreguerras aparece otra forma de organización territorial que, para unos, es una variante del Estado unitario, mientras que para otros constituye una forma peculiar de Estado federal. Se trata del Estado regional o integral, también denominado a veces federalismo de devolución.

Las razones que llevan a la descentralización política son de diferente signo. En algunos casos se trata de resolver problemas de integración, dando expresión a reivindicaciones territoriales que no tienen respuesta en Estados altamente centralizados. En otros, predomina el interés por mejorar la democracia. La creación de nuevas entidades territoriales dotadas de instituciones elegidas y responsables ante los electores permite incrementar el autogobierno. La cercanía de dichos órganos a los problemas de los ciudadanos conlleva, además, mayor eficiencia a la hora de resolverlos.

Pero, sea cual sea la razón histórica que conduce a la construcción de sistemas federales o altamente descentralizados, la división del poder entre distintos ámbitos territoriales constituye una garantía de libertad. Desde sus orígenes tras la guerra de independencia norteamericana, se considera que el federalismo, al repartir el poder entre las instituciones de la Federación y de los estados miembros, evita el abuso del poder. Junto a ello, ya señalaban A. Hamilton y/o J. Madison en *El Federalista*, el modelo creado por la Constitución estadounidense de 1787 dividía el poder dentro de la sociedad. La variedad de intereses y partidos existentes en la nueva Unión establecía obstáculos destinados a evitar que los abusos de las mayorías pusieran en peligro los derechos de individuos y minorías.

### ***III.1. La formación del Estado unitario y del Estado federal en el primer liberalismo***

#### **III.1.a) El Estado Unitario**

Esta es la forma que caracterizó al Estado, al menos en Europa, desde que triunfan las revoluciones liberales. Y nace precisamente para superar la heterogeneidad que había caracterizado al antiguo régimen. Los primeros textos constitucionales que aparecen en nuestro continente, como son la Constitución francesa de 1791 y la Constitución de Cádiz de 1812, proclaman la necesidad de unificación jurídica frente a cualquier diferencia territorial, que se interpreta como una pervivencia de los privilegios feudales contraria al principio de igualdad formal. La diversidad territorial que había caracterizado a la monarquía absoluta era vista como un obstáculo para el desarrollo de la industria y del comercio, por lo que se encomendaba a los poderes centrales, especialmente al parlamento, unificar extremos tales como la legislación, la moneda, los pesos o las medidas.

El art. 258 de la Constitución de 1812, por ejemplo, disponía que “el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. Más radical era el art. primero del título II de la Constitución francesa de 1791, que declara que el Reino es uno e indivisible. Además, el preámbulo del texto pone de manifiesto la mentalidad homogeneizadora cuando afirma que la Asamblea Nacional, “abole irrevocablemente las instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos” y declara suprimida toda distinción de órdenes, régimen feudal, justicias patrimoniales, corporaciones y privilegios que constituyan excepciones al derecho común de los franceses.

Desde estas primeras formas y hasta ahora, el Estado unitario se ha caracterizado por la existencia de un solo poder legislativo, cuyas normas tienen eficacia en todo el territorio nacional, un solo poder ejecutivo y un único poder judicial. Ahora bien, el Estado unitario absolutamente centralizado sólo ha existido en teoría y nunca se ha dado en la práctica, por razones meramente funcionales. Resulta imposible que sólo un centro de poder asuma todas las funciones que corresponden a los Estados, ya que la lejanía del centro de decisiones con respecto al lugar donde tienen que ser aplicadas impide el co-

recto conocimiento de la realidad de los problemas y obstaculiza la eficiencia de las soluciones adoptadas.

En los Estados unitarios el único poder que no se descentraliza es el poder legislativo, dado que las leyes del parlamento nacional, dotadas de superior jerarquía, gozan de eficacia en todo el territorio. Ahora bien, esto tampoco supone una absoluta centralización porque, como veremos a continuación, hay otras entidades territoriales que tienen capacidad normativa, si bien para dictar normas de rango inferior a la ley del parlamento y, por lo tanto, subordinadas a ella.

También la unidad del poder judicial ha sido siempre compatible con el establecimiento de demarcaciones territoriales en distintos niveles, cuya virtualidad consiste en aproximar los jueces y tribunales a las distintas zonas del territorio donde debe impartirse justicia.

En el caso del poder ejecutivo también hay técnicas para aproximar la toma de decisiones administrativas al lugar donde estas deben ejecutarse e, indirectamente, a los ciudadanos que viven en las distintas zonas del país. Suele así hablarse, en primer lugar, de la desconcentración, que supone que determinadas atribuciones son ejercidas por órganos periféricos de la misma administración central, como pueden ser los delegados del gobierno. Se trata, pues, de una técnica que actúa dentro de la misma persona jurídica. Junto a ello, existe la descentralización, mediante la cual se transfieren competencias a otras administraciones públicas, como pueden ser las entidades locales.

Desde los orígenes del Estado Liberal, la técnica más utilizada en los Estados unitarios para aproximar las decisiones a los ciudadanos ha sido el reconocimiento de la autonomía municipal. Aunque esta idea tiene importantes precedentes en el *self-government* británico, la doctrina que llega a Europa es, en principio, la que se inaugura con la revolución francesa y se consolida el pensamiento doctrinario de dicho país [Biglino: 2007, 125].

La Asamblea Nacional que se reúne al principio de la revolución intentó compaginar la idea de libertad comunal con la uniformidad, creando, en todo el territorio nacional, municipios cuyos órganos estaban dotados de naturaleza representativa. El Decreto de 14 de diciembre de 1789 es el primer texto que configura unos cuerpos municipales que disponían de funciones propias.

Surge, así, la doctrina del *pouvoir municipal*, entendido casi como cuarto poder del Estado. Como ha señalado E. García de Enterría [1981: 99] este poder se concibe como un poder originario, al que se reconoce un ámbito de funciones propias y exclusivas, cuyo denominador común consiste en afectar a intereses particulares y específicos de la respectiva comunidad en cuestiones tales como la administración del patrimonio común y la policía para garantizar la seguridad, la tranquilidad, la limpieza y la salubridad. En algunas ocasiones, estas funciones llegaron a configurarse como derechos naturales frente al Estado, tan intangibles como los que correspondían a los ciudadanos [Jellinek, 1912: 304].

Junto a esta órbita de atribuciones autónomas, los municipios ostentaban otras competencias que no les correspondían por derecho propio sino por delegación del Estado. En estos casos, estaban en juego los intereses generales, por lo que dichas atribuciones se configuran como deberes impuestos por la ley. De esta manera se va configurando, de manera paulatina, la idea de autonomía local que sigue siendo un elemento básico de la organización territorial de los Estados Constitucionales contemporáneos.

### **III.1.b) El Estado federal estadounidense: un federalismo de integración**

El Estado federal, como ocurría con el sistema presidencial, es otra de las grandes aportaciones de la revolución norteamericana al Estado Constitucional.

Antes habían existido otras formas territoriales complejas, que se denominaban, indistintamente, federaciones o confederaciones. Pero las entidades que se agrupaban en este tipo de ligas carecían de los elementos necesarios para que pudiesen calificarse ni tan siquiera de Estados, en el sentido contemporáneo de la expresión. Además, los vínculos que establecieron esas entidades eran, en muchos casos, de naturaleza personal, más parecidos a lazos feudales que a relaciones entre poderes públicos.

Este era todavía el caso de la Confederación alemana nacida en 1815 como consecuencia del Tratado de Viena. Los artículos de la Confederación se acuerdan entre los príncipes soberanos y

las ciudades libres de Alemania “en el nombre de la Santísima e indivisible Trinidad” y su principal objeto era sobre todo “el mantenimiento de la seguridad exterior e interior de Alemania y la independencia e inviolabilidad de los Estados confederados”. Las disposiciones particulares recogidas en la segunda parte del acta imponen todavía la existencia de Estados generales en todos los países de la Confederación y consolida los privilegios feudales de príncipes y condes. Entre dichos derechos se citan, expresamente, el ejercicio de la jurisdicción civil y criminal en primera instancia, la jurisdicción de bosques de la policía local y la inspección de escuelas y establecimientos de caridad. Sirva como ejemplo del carácter pre-moderno del texto el hecho de que reconozca a los Príncipes de Tour y de Taxis la posesión y las rentas de todo el servicio de correos en los Estados confederados [Biglino, 2007: 106-107].

El modelo estadounidense se proponía para integrar en una nueva estructura las trece excolonias que, como consecuencia de la guerra de independencia contra Gran Bretaña, se habían constituido en Estados independientes. La finalidad que se perseguía en la Convención de Filadelfia era, pues, establecer vínculos de unión que antes no existían. Este primer federalismo constituye, pues, un federalismo de integración porque entidades estatales, hasta entonces soberanas, renuncian a parte de su autoridad para unirse entre sí y constituir la Federación como un nuevo poder común.

Uno de los principales problemas con que se encontraron los redactores de la Constitución de 1787 consistía, precisamente, en la formulación de la soberanía. Dado que estaban menos vinculados a los conceptos acuñados por la doctrina de lo que estará, más adelante, la doctrina continental europea, no dudaron en repartir la soberanía entre la Federación y los Estados miembros.

Más adelante tendremos ocasión de analizar las dificultades que creaba, y sigue creando, esta concepción. Por ahora, conviene resaltar la dualidad que caracterizaba a la nueva forma de Estado. En efecto, sobre el mismo territorio y los mismos ciudadanos se superponen dos ámbitos de poder soberano, el de la Federación y el de los Estados miembros, cada uno de ellos soberano en las materias que le atribuye la Constitución.

El punto de partida de esta definición, y que constituye la gran diferencia con respecto a otras formas de poder que habían existido en el pasado, consiste en reconocer a la Federación poder directo sobre los ciudadanos. Se intentaba así superar los defectos que habían limitado la acción de la anterior Confederación, creada durante la guerra de independencia. En esta otra forma anterior, la autoridad del Congreso estaba demasiado limitada, no sólo por el escaso número de materias que podía abordar, sino también porque sólo podía dirigirse hacia los Estados. La implementación de las decisiones de la Confederación dependía, pues, de la buena voluntad de estos últimos.

Según J.T. Adams, [1954: 170] “La forma de gobierno inaugurada entonces fue a la vez torpe y débil. No había ejecutivo; el Presidente del Congreso era meramente el funcionario elegido para que presidiese esa corporación, que se componía de una sola Cámara. El Congreso no tenía la facultad de imponer tributos, regular el comercio, ni obligar a cumplir sus disposiciones en varios Estados. Los actos que se le permitían, tales como declarar la paz y la guerra, hacer tratados, mandar y recibir embajadores, decidir disputas de límites, regular las cuestiones referentes a los indios y la acuñación de moneda, tenían que obtener el asentimiento de los representantes de nueve Estados, teniendo un solo voto cada uno de los trece.” Esta debilidad ocasionó problemas sociales y económicos de muy hondo calado, como fueron la creciente deuda externa o la incapacidad del Congreso de garantizar que los Estados cumplieren el tratado de paz con los británicos. Más grave fue todavía la incapacidad de la Confederación para hacer frente a la depresión económica que sucedió al final de la guerra y que provocó el exceso de papel moneda, el incremento de la presión fiscal, una fuerte tensión entre deudores y acreedores y finalmente, conflictos sociales como la rebelión de D. Shays.

Para superar estas barreras, los *Framers* crearon una nueva forma de Estado que se distinguía de las anteriores confederaciones. Las que habían existido hasta la fecha y las pocas que se han sucedido con posterioridad se caracterizan, precisamente, por carecer de naturaleza estatal. Consisten en agrupaciones de Estados independientes que aceptan cooperar en un número limitado de materias, sin renunciar ni limitar su soberanía. Los centros comunes de poder carecen, pues,

de la capacidad de vincular a los ciudadanos que habitan en dichos Estados.

Ahora bien, en el Estado Federal que nace con la Constitución de Filadelfia, la nueva Federación no sustituye, sino que se superpone a los Estados miembros. Estos, por ser anteriores a la redacción de la Constitución, siguen siendo titulares de soberanía y, como consecuencia de ello, conservan sus propias constituciones. La Constitución federal únicamente crea y organiza el nuevo poder común. Surgen así dos estructuras estatales completas: de un lado, la de los Estados miembros, que conservan el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial; de otro, la de la Federación que, a partir del diseño que de ella hace la Constitución, está también dotada de los tres poderes.

A pesar de estas semejanzas, la posición de los Estados miembros y de la Federación con respecto a la Constitución federal es distinta. La nueva norma fundamental ni crea el poder de los Estados, ni organiza sus estructuras, ni les atribuye competencias. Tan sólo establece algunos límites para que, en el ejercicio de dicha autoridad, no pongan en riesgo los intereses generales. Por esta razón, los Estados pueden seguir haciendo todo lo que la Constitución no prohíbe. Disponen, pues, de un poder general que se extiende a todas las competencias que no han sido atribuidas al nuevo poder común. Frente a ello, la Federación aparece como una creación de la Constitución. Esta norma organiza sus poderes y detalla sus competencias que, por el mismo hecho de ser enumerados, resultan tasados. En consecuencia, la Federación sólo puede hacer lo que la Constitución le permite.

La distribución de poder que la Constitución realiza entre la Federación y los Estados miembros no excluye, sin embargo, que puedan existir conflictos. En todo Estado territorialmente complejo y por muy detallada y precisa que sea la delimitación competencial, pueden existir casos en los que, sobre la misma realidad, confluyan normas de la Federación y de los Estados miembros cuyo contenido sea divergente, por lo que la aplicación de una de estas normas conlleva la inaplicación de la otra.

Una de las materias en las que este tipo de problemas era y sigue siendo frecuente es el comercio. La Constitución de 1787 atribuye a la Federación la regulación del comercio internacional

y entre los Estados, pero el comercio intraestatal continúa siendo competencia de las entidades federadas. Ahora bien, aún en el ámbito interno, los Estados no pueden dictar cualquier tipo de regulación. La Constitución y las normas de la Federación les impide, por ejemplo, dictar normas que sean manifiestamente discriminatorias contra el resto de los Estados, que constituyan medidas proteccionistas a expensas de operadores de otros Estados o que impongan unas cargas excesivas para el comercio interestatal [Gunther, Sullivan, 1997: 321, 322].

Para abordar este tipo de situaciones, la Constitución enuncia el principio de primacía del Derecho federal. El art. VI. 2 de dicho texto contiene una declaración que será fundamental en el constitucionalismo, al proclamar que:

“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

Será preciso volver a este precepto en el apartado III.1.a) del capítulo quinto, cuando se trate del origen de la idea de constitución como norma jurídica y del control de constitucionalidad. Por ahora, conviene señalar que representa una garantía del propio sistema federal. Para evitar que los Estados miembros antepongan sus propios intereses a lo dispuesto en el pacto de unión, no sólo se atribuye primacía a la Constitución, sino también a los tratados que se celebren bajo la autoridad de la Federación y a las leyes que la Federación expida conforme a la Constitución. Estas normas, por ser la “suprema ley del país” deberán ser aplicadas por los jueces y tribunales a pesar de lo que puedan disponer las Constituciones o las leyes de los Estados.

El modelo federal inaugurado por la Constitución norteamericana tardará en llegar a Europa, donde se asocia con un pensamiento excesivamente radical. La idea de soberanía popular con que se identifica y sus conexiones con la forma de gobierno republicana producirán el rechazo de los sectores más conservadores. Es verdad que, en el S. XIX, el modelo que se acaba de describir logra implantarse, con más

o menos peculiaridades, en algunos países como es el caso de Suiza. En otros, como sucede en Alemania con la Constitución de 1876, se establecerán formas federales que, a pesar de ciertas semejanzas con el federalismo norteamericano, están marcadas por el peso del monarca en el sistema político. No será hasta la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho cuando el modelo llegue a nuestro continente y, en muchos casos, lo hará con un estilo bastante diferente al que se acaba de describir.

### ***III.2. La evolución de la distribución territorial del poder en el Estado Social y Democrático de Derecho***

Antes se señalaba que, durante el Estado Liberal, la titularidad de la soberanía constituía el principal criterio para distinguir entre los Estados unitarios y los federales. Lo cierto es que, en el Estado Social y Democrático de Derecho, resulta difícil seguir utilizando el mismo factor debido a los cambios que ha experimentado la propia noción de soberanía. Es verdad que todavía seguimos atribuyendo la soberanía al Estado en su conjunto, pero sobre todo en el ámbito de las relaciones internacionales y con el ánimo de hacer referencia a la independencia que caracteriza a dichas organizaciones. En la actualidad, tanto en los Estados unitarios como en los Estados federales, la soberanía corresponde al pueblo.

Y, si hablamos de soberanía popular, hay que atenuar por fuerza las diferencias entre los dos tipos de Estado. De hecho, hay Estados federales, como es Alemania, que atribuyen la soberanía al pueblo en su conjunto, configurándolo como poder constituyente en el preámbulo de la Constitución. Las constituciones de otros países federales, como es Suiza, atribuyen el poder constituyente al pueblo suizo y a los Cantones. Más compleja es la situación en Estados Unidos, donde la fórmula de la soberanía compartida a la que antes se hacía referencia dejaba abiertos muchos interrogantes, ya que todavía persiste la polémica entre quienes atribuyen la soberanía a la Federación y quienes se la atribuyen a los Estados miembros. Entre medias, están quienes, partiendo de la soberanía popular, distribuyen su ejercicio entre ambas esferas de poder.

No parece, pues, que utilizar el criterio de la soberanía lleve a muy buenos resultados. El problema consiste en que, si prescindimos del concepto de soberanía, es difícil encontrar otros criterios que sirvan para establecer una distinción clara y definitiva entre los Estados unitarios y los federales.

Un buen ejemplo de esta dificultad es la manera en que M. García Pelayo aborda la naturaleza jurídica del Estado federal. Dadas las dificultades que existen para definirla, el autor agrupa las diferentes concepciones que formulan los autores en seis grandes grupos: la teoría de la doble soberanía; la teoría que niega la realidad jurídica del Estado federal (asimilación a confederación); la teoría que afirma como único Estado al Estado Federal (asimilación al Estado unitario); la teoría que afirma que la federación es el único Estado soberano, pero que no niega a los miembros el carácter de Estado; la teoría de las tres entidades estatales (o del tercer término); la teoría que concibe al Estado federal como una forma avanzada de descentralización [García-Pelayo, 1984: 220-231]

La variedad de formas federales dificulta además esta tarea. La necesidad de adaptar la estructura territorial a las peculiaridades que caracterizan a cada organización política imposibilita llegar a criterios homogéneos y provoca que haya casi tantas definiciones de Estado federal como modelos reales existen.

Algún autor se ha detenido a contar las diferentes definiciones que han existido del Estado Federal. F. Palermo, por ejemplo, basándose en los estudios de M. Frenkel, afirma que “no son menos de 255”, aunque matiza esta afirmación en el sentido de que “posiblemente haya más” [Palermo, 1987: 18].

Estos factores han provocado que, en la actualidad, se tienda a difuminar la distinción cualitativa entre Estados unitarios y Estados federales. El factor que se ha de tener en cuenta para diferenciarlos es, fundamentalmente, la manera en que se organiza el poder legislativo que, para hablar de federalismo, debe ser dual. Han de existir, pues, parlamentos nacionales y parlamentos de las entidades federales. Ambas asambleas tienen que tener la potestad de dictar normas que vinculen directamente a los ciudadanos y que estén dotadas de la máxima jerarquía, subordinadas únicamente a la Constitución. Esta duplicidad entraña, casi de forma inevitable, que existan dos poderes

ejecutivos ya que cada entidad territorial tendrá que implementar las normas aprobadas por su propio parlamento.

La propia evolución del Estado Social y Democrático de Derecho ha confirmado, además, la necesidad de acudir a un criterio de distinción más flexible que la noción de soberanía porque la distinción que existía entre Estados unitarios y Estados federales se ha ido atenuando.

Así, de un lado, en los Estados federales asistimos a un reforzamiento de la autoridad central, derivada de las exigencias del Estado social. La mayor intervención en la sociedad y en la economía no sólo ha fortalecido al ejecutivo frente al legislativo, sino también a la Federación con respecto a los Estados miembros. En este proceso incide, también, la globalización, fenómeno que se ha hecho más acusado en los últimos tiempos. Sólo quien dispone de poder sobre todo el territorio tiene capacidad de hacer frente a problemas como son la inmigración, la delincuencia organizada o la crisis económica que afectan a todos los que habitan dentro de las fronteras del país y que precisan de soluciones de carácter general.

De otro lado, los Estados unitarios se han ido progresivamente descentralizando. Las técnicas que analizamos en el apartado III.1.a) se han intensificado, en gran medida, como consecuencia de la pluralidad de formas de actuación de la administración pública. En muchas ocasiones, y con el objetivo de conseguir mayor eficiencia, el poder ejecutivo transfiere el ejercicio de ciertas funciones a entidades con personalidad jurídica propia como son empresas mixtas con capital privado o agencias públicas independientes. La creciente descentralización es también consecuencia del principio democrático, en virtud del cual se reconoce mayor protagonismo a las entidades locales. Estas son gobernadas por instituciones de naturaleza electiva y constituyen los centros de poder que se encuentran más cercanos a los ciudadanos. Aunque la distancia entre representantes y representados no desaparecen completamente en los municipios, se atenúa como consecuencia de esa proximidad.

Pero, sin duda, el factor que más ha contribuido a atenuar la diferencia entre el Estado Unitario y el Estado Federal es la aparición de un nuevo modelo territorial, que algunos denominan Estado regional y, otros, federalismo de devolución.

### III.3. Los Estados regionales o federalismos de devolución

#### III.3.a) La necesidad de consolidar la unión

Como hemos visto en páginas anteriores, el modelo norteamericano nace como consecuencia de un pacto de unión entre Estados antes soberanos, que renuncian a parte de su autoridad para crear un poder común. Este federalismo, que en Ciencia Política a veces se denomina *coming together* y en Derecho Constitucional, como hemos visto, federalismo de integración, no puede considerarse ni la única forma de federalismo ni el federalismo por antonomasia. Es más, algunos autores señalan que constituye una forma única, dado que, desde la revolución francesa, no ha vuelto a repetirse. Lo más frecuente ha sido el fenómeno inverso, esto es, la existencia de Estados altamente centralizados que han cedido poder a los territorios que los integran. Se usa, pues, la expresión federalismos *holding together* para hacer referencia a este tipo de organizaciones territoriales. El reconocimiento de la diversidad a las partes que los componen sería el mejor camino (o el único camino posible) para mantener una unidad que se encuentra en discusión [Stepan, 1999:33].

Un proceso de este tipo comienza después de la primera guerra mundial, con la aprobación de la Constitución Austríaca de 1920. Estuvo también en presente en España, con la proclamación del Estado integral en la Constitución de 1931, modelo que constituyó el precedente del Estado de las Autonomías que ahora conocemos.

El art. 1 de la Constitución de 1931 proclamaba que “la República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones”. La expresión “Estado integral” es una aportación de L. Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión que redactó el proyecto de Constitución. En el discurso de presentación de dicho texto al Congreso de los Diputados, el 28 de agosto de 1931, dicho autor atribuye la teoría del “Estado integral” a uno de los redactores de la Constitución alemana de 1919, Hugo Preuß. En el mismo texto, L. Jiménez de Asúa parte de que la antítesis entre Estado unitario y Estado federal está en franca crisis teórica y práctica, por lo que es necesaria una nueva fórmula que concilie unidad y autonomía. En 1933 un autor italiano, G. G. Ambrosini avanzará en la teorización de este tipo de Estado hablando del Estado Regional como una fórmula intermedia en-

tre el Estado unitario y el federal. Esta construcción estuvo luego muy presente en la redacción de la Constitución italiana de 1947. [Ambrosini: 1933].

Después de la segunda guerra mundial este tipo de federalismo adquiere mayor difusión. Ahora lo encontramos también en países como Italia, Bélgica o el Reino Unido. Fue en este país, con las leyes que reconocían la peculiar posición de Irlanda del Norte, Gales y Escocia dictadas en 1998, cuando se empezó a hablar de federalismo de devolución. Esta es la expresión que se suele utilizar para identificar este modelo, si bien es preciso hacer una matización acerca de dicha terminología. En efecto, a veces se utiliza en sentido figurado, porque no siempre los territorios a los que beneficia disfrutaron de poder político en el pasado.

La naturaleza de estos Estados ha sido debatida. Así, es posible definirlos como variantes descentralizadas del Estado unitario, dado que la soberanía sigue siendo única y sólo se reconoce a las entidades que los componen un alto grado de autonomía.

Es posible sostener esta concepción a partir de algunas afirmaciones que aparecen en la Constitución española. Así, el art. 1.2 CE proclama que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Además, el art. 2 CE añade que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

Ahora bien, como se ha señalado antes, el criterio de la soberanía no parece un terreno demasiado sólido. Cuando se predica que la soberanía corresponde al pueblo, ni puede reconocerse a los territorios integrados ni a la entidad central. Si el factor que se tiene en cuenta es la desconcentración de la función legislativa, pueden considerarse Estados federales, dado que, en algunas ocasiones, reconocen tanto poder a las partes que lo integran como el que disfrutaban los Estados miembros en los federalismos de integración.

### III.3.b) Constitución y autonomía

Hay que reconocer que la estructura de los federalismos de devolución es peculiar. Parten de una noción de la constitución que es

diferente a la que hemos analizado en los federalismos de integración. La razón de ser de la norma fundamental, en este caso, no es establecer un pacto de unión sino, más bien, lo contrario, esto es asegurar la posición de las nuevas entidades territoriales. Por ello, la constitución no se limita a crear a la Federación, sino que es “orden total” del que deriva el poder del centro y de las entidades integradas.

Esta manera de entender la constitución tiene diversos precedentes. Pero quien la formula con mayor propiedad es, sin duda, H. Kelsen. Para el autor, esa norma se sitúa por encima de cualquier otro orden jurídico porque funda la unidad del orden total. Sobre la base de la constitución, y por delegación de la misma, se hallan dos círculos normativos ulteriores que son, a su vez, órdenes parciales. De un lado el ámbito federal, con validez espacial sobre todo el territorio. De otro, los estados miembros, con vigencia circunscrita a determinadas partes del territorio. Es la constitución total la que distribuye el poder entre el órgano central y los órganos locales y la que merece propiamente el nombre de Estado federal [Kelsen, 1975: 264].

Es cierto que, en algunas ocasiones, como en Austria, las partes se denominan Estados miembros (o, con mayor precisión, Länder). En otras, se denominan Regiones, como es el caso de Italia, o Comunidades Autónomas, como sucede en España. Pero en todos los supuestos que se acaban de mencionar, las entidades federadas no son preexistentes a la norma fundamental, lo que dota a este tipo de federalismo de algunas características peculiares.

Así, en primer lugar, dichos territorios carecen de uno de los poderes inherentes a los Estados, esto es, del poder judicial, que corresponde únicamente a la entidad central. Esta ausencia provocó que G. Jellineck se refiriera a dichas formaciones con la expresión “fragmentos de Estado” [Jellineck, 1982]. Además, el poder que les es propio no tiene la intensidad de la soberanía, sino que se identifica con la noción de autonomía.

Resulta relativamente sencillo distinguir la autonomía de la soberanía. En el capítulo segundo pudimos examinar que la soberanía es un poder originario que, en las democracias contemporáneas, corresponde al pueblo, titular del poder constituyente. Se manifiesta, sobre todo, en la capacidad de darse una constitución, norma de la que surge toda la organización política. Frente a ello, la autonomía es un

poder derivado, dado que nace de la constitución y está delimitado por dicha norma. La autonomía, pues, es poder constituido que se concreta en la capacidad que se atribuye a los distintos territorios de darse una norma institucional básica como es el estatuto.

Aunque, como vemos, es relativamente sencillo definir lo que la autonomía no es, resulta más complicado determinar lo que sí es. La principal dificultad estriba en que los ordenamientos contemporáneos atribuyen autonomía a órganos de diferente tipo, por lo que gradúan la intensidad de dicho poder según la naturaleza de dichas instituciones. Así, se predica de órganos constitucionales tan diferentes como es el parlamento o entidades territoriales como son los ayuntamientos. Se suelen distinguir, además, tres facetas de autonomía. Hay, ante todo, una autonomía de carácter organizativo, que consiste en la capacidad de establecer los órganos mediante los cuales la entidad se gobierna. Existe, también, autonomía financiera, que reconoce una relativa libertad a la hora de disponer los gastos. Cuando quien disfruta de la autonomía son entidades territoriales, estas pueden regular algunos de los ingresos de los que van disponer estableciendo sus propios tributos. Por último, hay autonomía normativa, que permite dictar reglas esenciales para la organización y funcionamiento de la entidad que disfruta de ella.

Las entidades territoriales que componen los federalismos de integración gozan de todas estas facetas de autonomía en su grado máximo. Por este motivo, es frecuente señalar que gozan de autonomía política. Con ello se quiere resaltar que tienen unos intereses específicos distintos de los que corresponden a la entidad central, por lo que pueden elegir libremente las metas que consideren oportunas y los medios para alcanzar esos fines, sin otros límites que los establecidos en la constitución.

Por disponer de este tipo de autonomía, las regiones, comunidades autónomas o Estados miembros disponen de la máxima autonomía organizativa. Es verdad que esta facultad está, a veces, limitada por la constitución, ya que esta norma suele establecer exigencias y límites acerca de asuntos tales como su forma de gobierno, la manera de elegir y funcionar del poder legislativo o la composición del poder ejecutivo. Pero, dentro del respeto a estas prescripciones, los estatutos (o constituciones de los Estados miembros) gozan de libertad a la hora de establecer quién y cómo se gobierna en los respectivos territorios.

Estas entidades territoriales tienen, además, un grado variable de autonomía financiera. Se les reconoce el derecho a elaborar sus presupuestos, que contienen la previsión de ingresos y de gastos y pueden, además, crear y recaudar impuestos distintos a los de la entidad central. Por último, la autonomía normativa de las entidades federadas no se agota en la elaboración de los estatutos, normas que están inmediatamente subordinada a la constitución, sino que se despliega en la capacidad de dictar leyes y otras normas de rango inferior.

Antes se señalaba que la razón de ser de estos federalismos es asegurar la nueva posición de las entidades que la componen. Esta finalidad se refleja en la manera en que la constitución articula la relación entre las leyes dictadas por el centro y las elaboradas por las regiones, Estados miembros o comunidades autónomas. En los federalismos de devolución, la constitución distribuye con precisión las competencias que corresponden a ambas esferas de poder. Las que corresponden a la entidad central se intentan delimitar de la manera más precisa posible para evitar que la indeterminación favorezca a un poder central que, precisamente, se intenta limitar.

Además, y a diferencia de lo que ocurre en el modelo norteamericano, la primacía del Derecho federal se considera una amenaza para la autonomía reconocida a las partes federadas. Por eso, se parte de que las leyes de la entidad central y las leyes de los otros territorios están equiparadas en el sistema normativo. Es H. Kelsen quien, como consecuencia de su idea de constitución como orden total, mejor defiende la igualdad de las normas de ambas entidades territoriales, factor que, según él, constituye la esencia misma del Estado federal. Desde su perspectiva, dicha posición deriva de que las leyes de cada una de dichas organizaciones territoriales se encuentran en igual posición de subordinación con respecto a la norma fundamental. Esto significa que sólo pueden regular las materias que la constitución les atribuye. En caso de que alguna de las entidades territoriales se exceda de su ámbito y regule materias que corresponden a la otra, u otras, las consecuencias serán siempre las mismas. La ley invasora, sea del centro o de las entidades federadas, deberá considerarse contraria a la norma fundamental y, por lo tanto, inválida [Kelsen, 2011: 298].

Las dificultades económicas que hemos experimentado en las últimas décadas han generado críticas en contra del modelo territorial

que se acaba de analizar. De un lado, se subraya que generan duplicidad de instituciones y, por lo tanto, incrementan el gasto público. Además, y como tendremos ocasión de analizar al final de este libro, se argumenta que la difícil articulación competencial provoca problemas de seguridad jurídica para los ciudadanos y enturbia la responsabilidad de los poderes públicos.

A veces, también se afirma que los federalismos de devolución no han tenido la utilidad esperada para resolver problemas de identidad nacional. La atribución de poder a las nuevas entidades territoriales, en vez de fortalecer la unión, ha servido para ponerla en cuestión. Hechos como el referéndum de independencia en Escocia, la reclamación de un referéndum de independencia para Cataluña y la exigencia de mayores competencias en las regiones del norte de Italia pondrían de manifiesto que la técnica de la devolución de poderes no siempre consigue los fines para los que fue ideada.

Es posible que muchas de estas críticas estén bien fundadas. Pero no parece que ninguna de ellas tenga fuerza suficiente para descalificar al federalismo como técnica de reparto de poder. Es cierto que, en países como el Reino Unido, Italia o España, sigue habiendo problemas de integración nacional. Pero, para llegar a un juicio ponderado, es preciso recordar que el federalismo nace como una técnica para evitar que la mayoría abuse de la minoría y con la finalidad de aproximar las decisiones a los ciudadanos.

La crisis económica ha incrementado la desconfianza hacia las instituciones, por lo que, además de los perjuicios que ha creado en las finanzas de los Estados y de sus ciudadanos, erosiona algunos de los principios básicos del Estado Constitucional. Como hemos podido analizar en páginas anteriores, ha puesto en cuestión al Estado de bienestar y, como veremos en el capítulo siguiente, ha desgastado la legitimidad de los poderes públicos. Quizá, en muchos países, el Estado Constitucional logra resistir a tanto embate gracias al sistema de frenos y contrapesos, el refuerzo del pluralismo y el incremento de la participación que asegura el federalismo.



## Capítulo Quinto

# El poder sometido

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTADO LEGAL DE DERECHO. II.1. La primacía de la ley y la supremacía política de la constitución. II.2. El principio de legalidad. II.3. La certeza del Derecho y la seguridad jurídica. III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. III.1. La suprallegalidad de la constitución y el control de constitucionalidad. III.1.a) *La formación del concepto racional-normativo de constitución en Estados Unidos.* III.1.b) *Las primeras formulaciones del control de constitucionalidad.* III.2. La recepción del concepto racional-normativo de constitucionalidad en Europa y control de constitucionalidad concentrado. IV. LAS EXIGENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL ESTADO DE DERECHO. IV.1 La centralidad de la ley. IV.2. La responsabilidad de los poderes públicos y las formas de control. IV.3. La certeza del Derecho y la seguridad jurídica en sistemas plurales de economía de mercado.

### I. INTRODUCCIÓN

No resulta sencillo resumir, en pocas páginas, lo que significa el Estado de Derecho. La primera dificultad estriba en que, como afirma F. Rubio, la idea de que el poder está sometido a Derecho está en las raíces de nuestra civilización y, probablemente, de todas las civilizaciones. A lo largo del tiempo ha recibido, pues, diferentes interpretaciones que responden, además, a sistemas jurídicos distintos. En su forma actual confluyen, por ejemplo, la noción del *rule of law* que empieza a surgir con las revoluciones inglesas para afirmar la supremacía del parlamento sobre el rey, con la idea alemana del *Rechtsstaat*, construida durante el siglo XIX para explicar la relación entre la Administración y el poder legislativo durante la época de la monarquía constitucional [Rubio Llorente: 2012, 1103].

Hay otro factor que complica la aproximación al tema. Como toda construcción doctrinal, el Estado de Derecho está sujeto a múltiples interpretaciones. Por esta razón, no hay unanimidad a la hora de

enumerar las exigencias que impone. Es frecuente, por ejemplo, que se incluyan en la noción la necesidad de garantizar todos los derechos fundamentales o, al menos, la tutela judicial efectiva y la igualdad, asuntos que en estas páginas se han tratado con sustantividad propia.

Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el Informe elaborado por la Comisión de Venecia sobre la materia. Apoyándose en las regulaciones internacionales y nacionales concluye que, entre los elementos inherentes al Estado de Derecho como pueden ser el principio de legalidad, la prohibición de arbitrariedad o la certeza jurídica, han de incorporarse otros como son el acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales, el respeto a los derechos humanos, la no discriminación y la igualdad ante la ley [Venice Commission: 2011, 10].

Aunque, por las razones antes expuestas, la tarea de definir el Estado de Derecho resulta compleja, es imprescindible abordarla, no sólo por ser necesaria para completar la concepción de Estado Constitucional, sino también porque pocas veces en su historia el Estado de Derecho ha estado sujeto a tantos desafíos.

La noción surge como un instrumento para limitar al poder y, a lo largo de los siglos, siempre ha cumplido la misma función. No es de extrañar, pues, que sea un concepto que suscita los celos de quienes ostentan la autoridad, sobre todo cuando las decisiones que se someten a control son adoptadas por órganos elegidos por los ciudadanos. En estas ocasiones, se produce una tensión entre el principio democrático y las exigencias que impone el Estado de Derecho, ya que este último somete al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, impone restricciones, a las decisiones adoptadas por la mayoría.

Las dificultades de articular ambos extremos son todavía más acusadas cuando el Estado de Derecho impone límites, ya no a los representantes del pueblo, sino al propio pueblo cuando este actúa directamente, por ejemplo, a través del referéndum. La crisis de la representación ha provocado que cada vez sean más quienes denuncien la lejanía de los elegidos y proponen que sean los propios ciudadanos quienes decidan sobre la cosa pública. A la hora de valorar este tipo de planteamientos no conviene olvidar que, en cualquier Estado Constitucional, la democracia directa también está sometida a formas y procedimientos. La mejor manera de evitar la tiranía de la mayoría

es recordar que, también en estos casos, la comunidad ha de actuar sometida a las previsiones recogidas en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y no al margen de ellas.

A la hora de abordar el análisis del Estado de Derecho, he considerado conveniente seguir el rumbo que, en su momento, diseñó Manuel García Pelayo. El autor considera que, desde sus orígenes, en la etapa final de la ilustración y hasta la época actual, el Estado de Derecho ha pasado por dos etapas. En la primera de ellas asume la forma de Estado Legal de Derecho y se caracteriza por la afirmación de la primacía de la ley del parlamento sobre los restantes actos y normas dictados por otros órganos del Estado, supremacía salvaguardada por tribunales destinados a garantizar la legalidad de la acción de la administración estatal. En la segunda etapa, se consolida el Estado Constitucional de Derecho, que afirma la primacía de la Constitución sobre la ley y atribuye a órganos de naturaleza jurisdiccional no sólo el control de la legalidad, sino también de la constitucionalidad de los actos y disposiciones del resto de los poderes del Estado, incluido el propio parlamento [García Pelayo: 2009, 3029].

## II. EL ESTADO LEGAL DE DERECHO

El Estado de Derecho que aparece con las revoluciones liberales está íntimamente conectado con la afirmación de la soberanía nacional y con la necesidad de limitar el poder del monarca. Desde sus orígenes, pues, afirma la superioridad de la ley aprobada por el parlamento frente a la arbitrariedad que había caracterizado al antiguo régimen, así como la necesidad de establecer controles para verificar que los agentes de la corona cumplan los mandatos legales. Es así como el Estado de Derecho entraña dos ideas esenciales. La primera de ellas es la primacía de la ley, norma a la que se atribuye una posición de máxima jerarquía con respecto al resto de actos y disposiciones de otros poderes del Estado. Esto conlleva que, frente a lo que ocurre en la actualidad y sucede en Estados Unidos desde la Constitución de 1787, los países europeos negaran, hasta el periodo de entreguerras, que la Constitución tuviera naturaleza jurídica, por lo que no resultaba de aplicación por jueces y tribunales. La segunda idea que articula el Estado de Derecho es el principio de legalidad,

esto es, la sumisión de todos los poderes del Estado a las leyes aprobadas por el parlamento, subordinación que, lejos de constituir una mera declaración de principios, se garantiza atribuyendo a los jueces el control de la administración. La lucha contra la arbitrariedad del poder conlleva, además, la exigencia de certeza jurídica que, desde el punto de vista de los ciudadanos, se traduce en la idea de seguridad jurídica.

### ***II.1. La primacía de la ley y la supremacía política de la constitución***

La noción de ley que se implanta con la construcción del Estado Liberal conserva algunos de los caracteres que había tenido durante el antiguo régimen. Así, la nueva concepción sigue manteniendo la conexión entre ley y soberanía que ya estableció J. Bodino en *Los seis libros de la República*, asunto que pudimos examinar en el apartado II. 1. A) del capítulo segundo. Los cambios que afectan a la noción de ley son consecuencia, sobre todo, de las transformaciones que experimenta la titularidad de la soberanía. Así, mientras que en el antiguo régimen, la ley se identificaba con la voluntad del monarca, en el Estado Liberal la ley es la expresión del nuevo titular de la soberanía, esto es, de la nación. Dado que esta no tiene posibilidad de elaborarla de manera directa sino que actúa a través de representantes, la ley se concibe como la manifestación de la voluntad del parlamento, órgano que actúa por cuenta y en nombre de la comunidad.

La conexión entre ley y comunidad está presente en las dos revoluciones inglesas, que, recordemos, culminan con la definitiva victoria del parlamento sobre la corona. Pero caracteriza también a la revolución francesa e inspira claramente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo art. 6 declara, en términos claramente inspirados por la obra de Rousseau, que la ley es la expresión de la voluntad general.

Según los planteamientos de la época, la nación, a través del parlamento y mediante la ley, se gobierna a sí misma. Dado que los miembros de la cámara son tan ciudadanos como el resto de la comunidad, no se concibe que puedan hacer daño a la sociedad entera, por lo que el parlamento es el único legitimado para regular la relación entre los

individuos y los poderes públicos. Por eso, cualquier medida que pueda afectar a la libertad y a la igualdad de las personas sólo puede ser adoptada por la ley que, además, no puede prohibir cualquier acción, sino sólo aquellas que sean perjudiciales para la sociedad.

Esta concepción justifica el principio de reserva de ley que ya examinamos como garantía de los derechos fundamentales en el capítulo tercero. Para ilustrarla, merece la pena volver a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El art. 4 de dicho texto afirma que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la ley”. A su vez, el art. 5 declara que “La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”.

La concepción de la ley como expresión de la voluntad de la comunidad, elaborada por un órgano de naturaleza representativa, impone que el parlamento, a la hora de producirla, siga determinados procedimientos. A principios del siglo XIX, en los primeros manuales de Derecho Parlamentario y en los reglamentos que rigen el funcionamiento de la vida de las cámaras, se exige que la ley sea la expresión de la voluntad de la mayoría, se elabore respetando los derechos de la minoría y en condiciones de publicidad [Biglino: 1991, 73]

En 1815 se publicó por primera vez “La Tactique des Assemblées législatives”, elaborado por S. Dumont sobre las notas de J. Bentham. El libro, que constituye uno de los primeros tratados de derecho parlamentario, tuvo una notable influencia sobre las reglas de procedimiento de numerosas asambleas legislativas que comenzaron a funcionar en Europa en la primera mitad del siglo XIX y recoge con propiedad lo que se siguen considerando elementos esenciales del procedimiento legislativo [Dumont, Bentham, 1888].

La regla de la mayoría se justifica, en aquella época, más por razones relacionadas con la idea de justicia que por motivaciones pragmáticas, como sucede sin embargo ahora. En el siglo XIX, se pensaba que durante el debate parlamentario y a través de las opiniones mani-

festadas en la cámara, se podría alcanzar un acuerdo sobre la decisión más próxima a la razón que, por su cercanía a la verdad, convencería a la mayor parte de los miembros de la asamblea.

La regla de la mayoría se erige así en condición necesaria de la democracia, en cuanto que su aceptación constituye el consenso básico acerca de las reglas que deben servir para resolver los conflictos. Pero, a pesar de ello, democracia y mayoría nunca llegaron a identificarse. Ya se reconocía, como todavía sucede ahora, que entre ambas existe sólo una parte de extensión en común, pudiéndose dar, de un lado, sistemas políticos no democráticos que conocen la regla de la mayoría y, de otra, sistemas democráticos en los que determinadas decisiones no sean adoptadas en base a dicha regla [Bobbio:1981, 38]

El respeto a los derechos de la minoría constituye, pues, otro de los requisitos imprescindibles para que los miembros de la cámara que mantienen una opinión distinta de la dominante puedan expresar su opinión en el debate, con la intención de influir en la decisión que se adopte finalmente. El derecho a asistir a las reuniones, presentar iniciativas, participar en las deliberaciones y en las votaciones se reconoce a todos los representantes, pero favorece sobre todo a quienes están en la oposición, ya que, en último término, les permite mandar mensajes al electorado acerca de su propio ideario, con vistas a convertirse en mayoría en las siguientes elecciones.

El último requisito del procedimiento legislativo es la publicidad. Esta exigencia es inherente a la idea de representación porque permite, precisamente, acortar las distancias entre representantes y representados. Hace, en efecto, posible, que los votantes conozcan la actuación de quienes actúan en su nombre y puedan medir la adecuación de su gestión a las promesas hechas durante la campaña electoral. La publicidad facilita, pues, la exigencia de responsabilidad que es inherente a la democracia. En las asambleas liberales, este principio se garantizaba de maneras diversas: el público podía asistir a las sesiones, los debates y acuerdos se transcribían y, sobre todo, el texto de la ley se publicaba, como ahora, en los periódicos oficiales para que, como veremos más adelante, los ciudadanos pudieran conocer de antemano el contenido de la ley que les vinculaba y que podía reconocerles derechos, pero también obligaciones.

La legitimidad de la ley, anclada en la soberanía nacional, y las garantías establecidas para su elaboración, justificaban la posición de esta norma dentro del sistema jurídico. El hecho de ser una “autodisposición de la comunidad sobre sí misma”, le atribuye una fuerza que ha sido definida como “irresistible” [García de Enterría, Fernández Rodríguez: 1991, 137]. Por este motivo, la ley se sitúa en una posición de absoluta supremacía con respecto al resto del sistema jurídico. Cualquier norma o acto de los poderes públicos que sea contraria a ella debe considerarse inválida y, por lo tanto, susceptible de ser expulsada del ordenamiento jurídico.

No es posible analizar, desde estas páginas y con detalle, el principio de jerarquía normativa porque este estudio está más relacionado con el análisis del sistema normativo. Conviene sólo subrayar que, en el Estado Legal de Derecho, la constitución no desempeña el papel que tiene en la actualidad.

En términos generales, puede afirmarse que las constituciones europeas del XIX y parte del XX estaban dotadas de supremacía, pero no estaban dotadas de supralegalidad [Aragón Reyes: 1987, 15]. No eran, pues, meras declaraciones retóricas, sino que contenían órdenes vinculantes para los poderes del Estado, que podían ser utilizadas por el parlamento a la hora de ejercer su función de control político. Además, servían a la opinión pública como canon de valoración para medir la actuación de los gobernantes, a través del ejercicio de derechos como la libertad de expresión y reunión, esto es, mediante formas de control social. Las constituciones del periodo, pues, tanto cuando son expresión de la soberanía compartida entre el rey y el parlamento o, en su versión más radical, cuando obedecen exclusivamente a la soberanía de la nación, eran mandatos de indudable eficacia política. No cabe excluir, además, que estuvieran dotadas de cierta eficacia jurídica, ya que, al menos, simplificaron, ordenaron y jerarquizaron el confuso sistema jurídico que caracterizó al antiguo régimen [Solóbal Echavarría: 2011].

Una buena demostración de que, en Europa, la constitución es algo más que política son dos textos tan distintos como la Constitución suiza de 1847, que proclamaba la soberanía popular, y la Constitución del Imperio alemán de 1871, que seguía partiendo del principio monárquico. A pesar de su diferencia, ambas compartían un elemento común: preveían la prevalencia

de las leyes de la Federación sobre las de los Estados miembros. Por eso, los máximos tribunales de ambos países podían servirse de la constitución como canon para medir la validez de las leyes de los Estados miembros que vulneraran la norma fundamental [Biglino: 2011, 192-194].

Ahora bien, durante todo ese periodo, las constituciones no contenían normas que, en la jerarquía normativa, estuvieran en una posición superior a la ley. Las causas que explican esta carencia de supralegalidad son de carácter distinto. Incide, desde luego, la concepción de la soberanía compartida, característica de la monarquía constitucional. Esta forma de configurar el origen del poder atenuaba la necesaria distinción entre poderes constituyentes y poderes constituidos porque la corona, de acuerdo con la asamblea legislativa, podría modificar la constitución mediante el ejercicio del poder legislativo. La ausencia de normatividad de la constitución puede también explicarse porque, en nuestro continente, no se logra implantar un control de constitucionalidad capaz de hacer valer la constitución, manifestación de la soberanía, frente a lo decidido por un poder constituido, como es el legislador.

Como consecuencia de estos factores, la normatividad de la constitución estaba dotada de peculiaridades que afectaban a su fuerza de obligar en términos jurídicos. En Europa, durante el Estado Legal de Derecho, la constitución podía ser un mandato dotado de indudable eficacia política y, como se acaba de señalar, de cierta eficacia jurídica, al menos “ad intra” del aparato del Estado. Pero no constituía una norma jurídica que gozara de aplicación inmediata [Biglino: 2011, 181-183]. Los derechos que atribuían a los ciudadanos debían ser desarrollados por el legislador para que pudieran ser invocados ante los jueces ordinarios. En nuestro continente y a diferencia de lo que ocurrió en Estados Unidos desde la Convención de Filadelfia de 1787, la constitución carecía de este tipo de juridicidad, por lo que no podía ser entendida como un derecho “más alto” que debiera ser aplicado con preferencia a las leyes que la contradijeran.

## *II.2. El principio de legalidad*

El principio de legalidad constituye otra de las grandes aportaciones del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional. Sus prime-

ras formulaciones se remontan también a las revoluciones liberales y están destinadas a hacer efectiva la supremacía de la ley, esto es, del parlamento con respecto a la corona y a sus agentes. Constituye, pues, un instrumento para luchar contra la arbitrariedad característica de la monarquía absoluta, cuando la soberanía del rey provocaba que el monarca fuera *legibus solutus*, por lo que no estaba sujeto a ningún tipo de ley, ni siquiera a las dictadas por él mismo. La corona podía, así, dar órdenes singulares que excepcionaban el régimen común, decisiones destinadas a beneficiar a ciudadanos fieles o a perseguir a quienes eran contrarios a los designios del monarca. En muchas ocasiones, esta actuación del rey no estaba sujeta a ningún tipo de control y los perjudicados no podían buscar la protección de los tribunales de justicia o de otras autoridades. No hay que olvidar, además, que algunas órdenes reales podían tener carácter secreto, lo que impedía que fueran conocidas con anterioridad por los ciudadanos, que no podían adaptar sus comportamientos a las nuevas exigencias para evitar el castigo derivado de su incumplimiento.

Las primeras formulaciones del principio de legalidad pueden remontarse al Acta de Derechos inglesa de 1689, que declara que “el pretendido poder de dispensar de las leyes o de su aplicación en virtud de la autoridad real, en la forma en que ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal”. El Acta de establecimiento de 1701 afirma, con más precisión, que “las leyes de Inglaterra son un derecho adquirido por su pueblo y que todos los reyes y reinas de Inglaterra que ocupen el trono deben gobernar con arreglo a lo dispuesto en las mismas, igual que sus ministros o funcionarios”.

La revolución francesa supone un nuevo paso adelante en la afirmación del principio de legalidad al considerar que el aparato administrativo, lejos de ser un instrumento personal del monarca, pasa a ser una organización llamada a la ejecución de la ley, la cual determina previamente su competencia, los objetivos de su actuación y los límites concretos de todo su poder. Por ello, la Declaración de Derechos de 1789 declara, rotundamente, que “la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su Administración” e instaura las primeras formas para exigir responsabilidad atribuidas, ya en época napoleónica, al Consejo de Estado, germen de lo que será, después, la jurisdicción contencioso-administrativa [García de Enterría: 2009, 75].

Como consecuencia de estas tradiciones, el principio de legalidad actúa con respecto al poder ejecutivo y, sobre todo, en relación a la administración, ya que obliga a que esta opere dentro de las atribuciones y de los límites fijados en la ley. Aunque este principio recibió diferentes interpretaciones a lo largo del siglo XIX, se predica sobre todo de la relación entre la ley y las normas que elabora la administración, esto es, el reglamento, imponiendo, sobre todo, una relación jerárquica entre dichas disposiciones, de manera que las de origen administrativo no puedan contradecir lo dispuesto por el parlamento.

Esta relación recibió, sin embargo, diferentes interpretaciones. En efecto, la doctrina alemana mantuvo una postura dualista, acorde con la estructura de la monarquía constitucional. Al ser el rey poder constituyente, le corresponde, como cabeza del ejecutivo, un ámbito de competencias propio y no derivado de la ley. El otro titular de la soberanía, esto es, el parlamento, actúa como límite a la acción de la corona, en representación de los ciudadanos y en defensa de sus derechos. Por esa razón, se considera que únicamente podía intervenir en las relaciones de las personas con el poder, mientras que el ámbito interno de la administración quedaba reservado al reglamento. En este campo, cabían reglamentos sin habilitación legal, esto es, independientes. La vinculación del reglamento a la ley era, pues, únicamente negativa, dado que el reglamento podía hacer todo lo que la ley no prohibiera.

En Francia, durante el siglo XIX, predomina una visión monista, que subraya la subordinación del ejecutivo al parlamento. Por este motivo la administración sólo puede dictar reglamentos de carácter organizativo en su ámbito interno. En todo lo demás, necesita una previa habilitación legal. Esta exigencia hace que el reglamento se encuentre en una situación de vinculación positiva con respecto a la ley, ya que el primero sólo puede hacer lo que la segunda le permite.

A. Garrorena denomina a la primera de esas tendencias dualismo germánico, y a la segunda, de tradición jacobina, monismo legitimador del parlamento [Garrorena Morales: 1980, 17-35].

Los ámbitos donde el principio de legalidad actúa con mayor intensidad son de diferente tipo. Así, en materia tributaria, exige que sólo la ley pueda establecer impuestos ya que los fondos de los que va a disponer el Estado tienen su origen en los caudales que aportan los ciudadanos. En realidad, la implantación del principio según el

cual no cabe imposición sin representación tiene su origen en la edad media y, desde luego, constituye la chispa que hizo estallar los grandes movimientos revolucionarios liberales, desde las revoluciones inglesas hasta la revolución norteamericana, pasando por la revolución francesa. En materia penal, el principio de legalidad impide que nadie pueda ser arrestado o condenado si no es por las causas y en las formas previstas por la ley.

También en este caso, el art. 7 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano constituye un magnífico precedente de las posteriores constituciones al asentar un principio que ha llegado hasta nuestros días. Según este precepto, “ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados...”

El principio de legalidad no actúa sólo con respecto a la administración sino que vincula a otro poder del Estado, esto es, al poder judicial y de dos maneras distintas. En primer lugar porque, al menos en su versión continental, somete a los jueces al imperio de la ley. A diferencia de lo que ocurría en los países del *common law*, la doctrina que predomina es la asentada por Montesquieu. Como tuvimos ocasión de analizar en el apartado II.1 del capítulo cuarto y como consecuencia de una visión estricta de la división de poderes, los jueces deben de abstenerse de crear derecho porque su única y fundamental misión consiste en aplicar la ley.

Ahora bien, en segundo lugar, los tribunales son los guardianes del principio de legalidad. Paulatinamente se asienta la idea de que los ciudadanos pueden acudir a la jurisdicción ordinaria para exigir que el gobierno y la administración cumplan con lo establecido en el ordenamiento jurídico y exigir reparaciones en caso de que lo haya vulnerado.

Esta dimensión del principio de legalidad tardó, sin embargo, en implantarse definitivamente en los países del continente europeo. En efecto, durante mucho tiempo, predomina una visión rígida de la división de poderes, en virtud de la cual el poder judicial no puede interferir en la actuación del resto de los poderes del Estado. Un buen ejemplo de esta concepción es el art. 3 del cap. V de la Constitución francesa de 1791. En su tercer apartado se declara

que los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones. Las consecuencias de esta concepción son de diferente tipo. De un lado, los actos del poder legislativo se consideran “interna corporis”, por lo que sólo pueden ser fiscalizados por la propia cámara. Pero, además, los actos de la administración sólo pueden ser revisados por la propia administración. Estamos, pues, ante una jurisdicción retenida, que se formaliza a partir de la época napoleónica con la aparición del Consejo de Estado en Francia, una de cuyas misiones consiste, precisamente, en el control de la administración.

Para que los jueces y tribunales puedan llevar a cabo correctamente las tareas que les atribuye el ordenamiento jurídico, deben de estar dotados de independencia con respecto al poder político y ser imparciales, lo que significa carecer de prejuicios con respecto al resultado del proceso.

### *II.3. La certeza del Derecho y la seguridad jurídica*

La certeza es un principio objetivo que afecta a todo el ordenamiento jurídico. Impone que el contenido de las normas sea previsible, de manera que sea posible anticipar sus efectos. Exige, además, que se redacten con la suficiente claridad para tener certidumbre de las expectativas, sabiendo de antemano que cabe esperar de su aplicación. La seguridad jurídica es la vertiente subjetiva de la certeza, dado que permite al ciudadano conocer las consecuencias jurídicas, favorables o desfavorables, que cabe esperar de sus propios actos.

Ambos valores son imprescindibles en todo Estado Constitucional, no sólo porque son garantía de la libertad, sino también porque aseguran otros derechos como son la libertad de empresa o la propiedad privada. Constituyen, pues, requisitos que hacen posible el libre desarrollo de la personalidad, pero también la confianza de los agentes económicos, lo que facilita la estabilidad y el desarrollo.

La primera forma de asegurar la certeza y la seguridad jurídica es la publicación de las leyes. Desde el advenimiento del Estado Legal de Derecho, la reproducción por escrito de las normas aseguró, en pri-

mer lugar, la homogeneidad en la aplicación del ordenamiento dado que, frente al antiguo sistema de notificaciones, permitía a los agentes administrativos y a los jueces conocer el contenido de la norma. La publicación constituyó, precisamente, uno de los requisitos para que el principio “*iura novit curia*” pudiera operar. Era, por tanto, un medio destinado a fijar, de forma auténtica y permanente, el contenido de la ley.

Pero además, la publicación cumplía otra finalidad de carácter garantista con respecto al ciudadano. Desde sus orígenes, la idea básica que subyace a la publicación era que nadie pudiese estar vinculado por normas jurídicas que no hubiese tenido ocasión de conocer. El conocimiento del Derecho vino a suponer uno de los intereses fundamentales del Estado y la propia obligatoriedad de la norma se subordinó a su consecución. De esta manera, se excluía la posibilidad de que los ciudadanos estuvieran vinculados por leyes secretas, tal y como podía suceder en el antiguo régimen ya que, desde las revoluciones liberales, una ley que no fuese pública carecía de fuerza de obligar.

Desde el advenimiento del Estado Legal de Derecho y el desarrollo de los diferentes procesos codificadores, se presupone el conocimiento del Derecho, con el objetivo de evitar que se alegue ignorancia como excusa de incumplimiento. Esta presunción exige garantizar, si no el conocimiento real del mismo, al menos que sea accesible a todo el que quiera conocerlo. La publicación de la ley deriva de la regla por la cual nadie debe soportar las consecuencias de un acto si no ha sido puesto en condición de conocer previamente su regulación jurídica.

La publicación de la ley no consiste en su reproducción por cualquier medio de difusión. Para que realmente cumpla su función, debe generar efectos jurídicos, determinando con precisión el momento en que la norma entrará en vigor y adquirirá fuerza de obligar. La publicación en los periódicos oficiales devino, pues, la única necesaria para garantizar la seguridad jurídica, dado que determina la fecha en que la norma resulta de obligado cumplimiento. Desde el principio no se descarta que existan otras formas de divulgar la disposición que sean beneficiosas para facilitar el conocimiento de su contenido por los ciudadanos. Pero estas publicaciones tienen un carácter meramente informativo y carecen de relevancia jurídica [Biglino: 1993, 19-27].

La seguridad jurídica aconseja que, entre el periodo de publicación y la entrada en vigor de la norma transcurra un plazo para que los ciudadanos y los órganos encargados de aplicarla tengan posibilidades de conocerla, término que se identifica con la expresión “*vacatio legis*”. Es posible que la propia ley disminuya este periodo por razones de interés general, sobre todo cuando la disposición no afecta de manera negativa a los ciudadanos. En sentido contrario, y siempre que la norma lo disponga, la entrada en vigor puede demorarse para darle mayor a difusión.

En cualquier caso, la certeza y la seguridad jurídica aconsejan que la ley disponga hacia el futuro, dado que sólo de esta manera es posible que sus consecuencias jurídicas sean previsibles. El Estado Legal de Derecho asumió, desde el principio, el aforismo latino *tempus regit actum*, según el cual las acciones humanas deben ser reguladas por las leyes que estén en vigor en el momento en el cual dichos comportamientos se llevan a cabo. Este principio restringe la posibilidad de aplicar las leyes hacia el pasado, esto es, de atribuir a la nueva ley efectos retroactivos. Se considera que esta práctica puede perjudicar gravemente los intereses de los ciudadanos, dado que imputa consecuencias jurídicas nuevas a hechos o actos llevados a cabo con anterioridad, momento en el cual era imposible conocer cuál sería la futura regulación.

En España, las primeras normas que configuran la publicación como requisito para la entrada en vigor de las normas se remontan a la primera mitad del siglo XIX, esto es, la R.O de 22 de septiembre de 1836 y el R.D. de 9 de marzo de 1851. El régimen actual de la publicación sigue siendo el contenido en el Código Civil, cuya redacción se remonta a 1889. El art. 6.1 afirma, con rotundidad, que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Para hacer posible esta ficción, el art. 2.1 declara que “las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa”. Además, el art. 2.3 dispone que las leyes no tengan efecto retroactivo, salvo que dispongan lo contrario.

Por estas razones, la retroactividad se prohíbe cuando perjudica a los ciudadanos, esto es, en caso de que tengan carácter sancionador o restrictivo de derechos individuales. En cambio, se impone la retroactividad que puede beneficiar a las personas, como sucede con las

leyes penales que favorezcan al reo, aunque este esté ya cumpliendo condena.

En España, el primer Código Penal dictado en 1822 disponía en su art. 3 que “a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración”. Estas garantías continúan apareciendo en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Así, el art. 9.3 CE prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, mientras que el art. 1 del actual Código Penal establece que no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración.

### III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

#### *III.1. La supralegalidad de la constitución y el control de constitucionalidad*

Durante el periodo de entreguerras, el Estado Legal de Derecho experimentó una fuerte crisis. En realidad, estos cambios tienen un origen más remoto, porque el predominio del liberalismo más conservador había puesto ya en cuestión el propio fundamento de la supremacía de la ley. Durante la monarquía constitucional, el hecho de que la soberanía estuviera compartida entre el rey y el parlamento limitaba la legitimidad de dicha norma, ya que en su elaboración no sólo intervenían los representantes de la nación sino, también, la corona y una segunda cámara de carácter no electivo. Pero es, sobre todo, después de la segunda guerra mundial cuando “se quebranta la fe en el legislador” [Rubio Llorente: 2009, 225] Los acontecimientos vividos durante el fascismo italiano y alemán, entre otros hechos, demostraron que no bastaba con la primacía de la ley, porque el propio parlamento podía vulnerar los otros pilares del Estado Constitucional, como la división de poderes y, sobre todo, los derechos fundamentales. En estas circunstancias, esto es, cuando el legislador no estaba sometido a ningún tipo de límite, el principio de legalidad quedaba reducido a una mera formalidad. Era así posible que los tribunales siguieran fiscalizando la sumisión de los otros poderes del Estado a De-

recho, pero esto no era una garantía suficiente. No existían, en efecto, los instrumentos necesarios para asegurar que la ley aprobada por la mayoría, y que el juez debía aplicar, respetara la posición jurídica de las personas. Era posible, pues, que el poder estuviera sometido a la ley, pero a una ley vulneradora de los derechos.

Esta constatación condujo a muchos ordenamientos del continente europeo a seguir un modelo distinto al que hasta entonces había predominado. La idea que se impuso consistió en limitar la libertad del legislador y subordinar la ley a la constitución, entendida como norma jurídica fundamental. Esta supeditación ya no era una inferioridad de naturaleza eminentemente política, como había sido en el siglo XIX, sino que se construye en términos jurídicos. En consecuencia, la ley contraria a la constitución ha de considerarse inválida, por lo que debe ser expulsada del ordenamiento. La declaración de inconstitucionalidad se configura, pues, como una actividad técnica que se atribuye a órganos de naturaleza jurisdiccional, como son los tribunales constitucionales.

Como se afirmaba al inicio de este capítulo, el Estado Constitucional de Derecho y el control de constitucionalidad no eran, sin embargo, una novedad. Ambas ideas habían surgido mucho antes en Estados Unidos después de la guerra de la independencia y se habían consolidado a lo largo del S. XIX, cuando la Corte Suprema norteamericana afirmó su competencia para declarar la inconstitucionalidad, no sólo de las leyes de los estados miembros, sino también de la Federación. Antes de analizar cómo la idea de constitución normativa y la justicia constitucional se consolidan en Europa, es preciso, pues, examinar el modelo original estadounidense.

### **III.1.a) La formación del concepto racional-normativo de constitución en Estados Unidos**

Las primeras constituciones escritas que presentan los caracteres propios del concepto racional-normativo descrito en el capítulo primero aparecen en las excolonias británicas que, desde la guerra de independencia, se transforman en Estados soberanos. El movimiento culmina cuando los delegados de estos trece territorios se reúnen en Filadelfia para elaborar la que es la constitución escrita más antigua

del mundo que todavía permanece en vigor, esto es, la Constitución federal de 1787.

La guerra de independencia con la metrópoli atribuyó a la revolución norteamericana unas peculiaridades que no tuvieron la inglesa o la francesa. En estos dos últimos casos fue necesario, a la larga, llegar a un compromiso con la corona y con las clases sociales que, como la nobleza, provenían del antiguo régimen. Los nuevos territorios que surgen en la costa este de los Estados Unidos, al desgajarse del Reino Unido, también rompieron radicalmente con el pasado, por lo que tuvieron la oportunidad de formular, por escrito y en un único acto, una nueva estructura de poder político y de articular de nueva planta las relaciones entre este y los ciudadanos.

Las excolonias inglesas tenían cierta experiencia de autogobierno porque, a pesar de depender de la corona inglesa, habían sido creadas mediante cartas reales de concesión, textos en los que se diseñaba una estructura de poder similar a la de la metrópoli. Así, junto al virrey, existían jueces que ejercían su poder con cierta independencia. Contaban, además, con asambleas representativas que disponían de competencias para legislar sobre asuntos relacionados con su buen gobierno. A partir de la Declaración de Independencia de 1776, la mayoría de estas colonias comenzaron a elaborar sus propias constituciones dotadas de algunas de las características que, posteriormente, identificarán el concepto racional-normativo de constitución. Desde el punto de vista material, siete de ellas contenían declaraciones de derechos como era el caso de Virginia. Además, organizan el poder conforme al principio de división entre el poder legislativo y ejecutivo, atribuyendo independencia (aunque en grados variables) al poder judicial. Desde un punto de vista formal, estas constituciones no fueron redactadas por asambleas ordinarias, sino por convenciones revolucionarias o asambleas expresamente autorizadas para ello. Estos procedimientos dejan entrever que empezaba a estar clara la diferencia entre el poder constituyente y el constituido, dado que la modificación de la constitución no podía realizarse por el poder legislativo creado por la constitución mediante las formas ordinarias, sino que debían seguirse formas especiales, similares a las que se habían seguido para su aprobación [Mateucci: 1998, 165].

Ahora bien, no cabe desconocer que todavía faltan algunos elementos imprescindibles para el concepto racional-normativo de constitución. En efecto, estas constituciones no afirmaban su naturaleza como norma aplicable a los casos concretos, ni autorizaron a los jueces a utilizarlas frente a lo decidido por el legislador, por lo que su posición de supremacía recuerda, en cierta medida, a la superioridad política que se predicó de las constituciones europeas, tema que hemos tratado al inicio de estas páginas [Wood: 1998, 291-292]. Es cierto que, antes de la entrada en vigor de la Constitución federal, se dieron algunos casos de declaración de inconstitucionalidad de leyes, pero estas decisiones deben interpretarse más como afirmaciones de independencia judicial que como modernas formas de *judicial review*.

Por eso, algunos autores conectan estas sentencias más con el pensamiento medieval que con el control de constitucionalidad que luego se implantaría. Buen ejemplo de ello es la sentencia sobre el caso *Trevett v. Weeden*, decidida en 1786 por la Corte Suprema de Rhode Island. En la misma, dicho órgano declaró inconstitucional una ley de la Asamblea de dicho Estado en la que se obligaba a los ciudadanos a aceptar papel moneda con la amenaza de una pena que se imponía sin jurados. Para valorar esta Sentencia hay que tener presente, sin embargo, que el Estado de Rhode Island carecía de Constitución, ya que seguía rigiendo la antigua Carta Colonial. Por eso, J. Varnum, defensor de esta tesis, tuvo que apoyar su alegación más en el derecho natural y en la razón que en la supremacía de la Constitución y en la soberanía popular. [Hamburger, 426. Bilder, 193].

La idea de constitución como derecho aplicable a los casos concretos fraguará, definitivamente, con la aprobación de la Constitución federal de 1787 y aparece íntimamente ligada a las necesidades del pluralismo territorial. Durante los debates de la Convención de Filadelfia, una de las mayores preocupaciones radicaba en establecer mecanismos eficaces para evitar que los Estados miembros actuaran movidos por sus propios intereses sin tener en cuenta las necesidades comunes. Con esta finalidad se barajaron diferentes soluciones, la mayor parte de ellas de naturaleza política, como era atribuir al Congreso de la nueva Unión o al gobernador de cada estado, designado por la Federación, el derecho de veto sobre las leyes de los Estados que fueran contrarias a la nueva Constitución. Sin embargo, estas garan-

tías se descartaron, ya que la discrecionalidad que atribuían a quienes la ejercían levantaron una fuerte reacción entre los miembros de la Convención más favorables a la posición de los Estados miembros.

Al final, y por unanimidad, se optó por un control de naturaleza jurídica y no política. Siguiendo la idea de que las leyes de los Estados contrarias a la nueva Constitución no podían considerarse ni válidas ni eficaces, se introdujo la cláusula de supremacía contenida en el art. VI.2, donde se afirma que “esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado”.

No deja de ser curioso que el texto aprobado por el pleno de la Convención no contenga todavía una referencia expresa a la nueva Constitución como parte del “supreme law of the land”. Dicha norma se introdujo algo más tarde por el *Comitee of Detail* que debía repasar la redacción final de la norma, por unanimidad y sin debate.

Como ya se ha resaltado en el apartado III.1. a) del capítulo cuarto, históricamente, al menos, el art. VI. 2 de la Constitución de los Estados Unidos aparece como una garantía del sistema federal, pero de naturaleza fundamentalmente normativa. La Constitución fue considerada Derecho porque los conflictos entre el orden federal, encabezado por la Constitución, y el sistema jurídico de los Estados miembros se enfocaron como problemas jurídicos, en los que los jueces se encuentran con dos disposiciones aplicables al mismo caso y con contenido contradictorio. Dota también a la Constitución de una posición de supremacía porque el art. VI ordena a los jueces de los Estados que, cuando surja el problema que se acaba de señalar, resuelva el asunto aplicando la Constitución y, no olvidemos, el resto del Derecho federal [Biglino: 2011, 183-189].

Ahora bien, la noción racional normativa de constitución supera con creces estos orígenes. La afirmación de su naturaleza jurídica y su capacidad para actuar como regla aplicable al caso concreto constituyeron los presupuestos para que las decisiones contenidas en la norma fundamental, desde la división de poderes hasta los derechos funda-

mentales proclamados, adquirieran plena efectividad como garantía de las personas y límite al poder.

Resumiendo lo que se acaba de exponer, y retomando las ideas sistematizadas por E. García de Enterría en “La Constitución como norma jurídica”, aportación decisiva a la construcción de nuestro Derecho Constitucional, puede afirmarse que la noción de constitución que implantan los estadounidenses gira entorno a dos ideas básicas. En primer lugar, la configura como una norma jurídica y no una declaración de naturaleza política, como ocurrirá posteriormente en Europa hasta bien entrado el siglo XX. Como tal, vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos, pudiendo ser alegada ante los tribunales que deben aplicarla para resolver los conflictos que se les susciten. Pero además, es norma jurídica fundamental, *lex superior*, ya que constituye la suprema decisión del pueblo acerca de su sistema político. Los poderes públicos son creados por la constitución y derivan de ella su autoridad, por lo que no pueden contradecirla [García de Enterría: 1982, 49-50].

Esta vinculación afecta al poder ejecutivo, pero también al legislativo, con lo que la idea normativa de constitución significa una superación (aunque no una sustitución, como veremos más adelante) del principio de primacía de la ley, norma que seguirá conservando un papel destacado en el sistema normativo, aunque subordinado a la Constitución. A partir de la concepción instaurada por la Constitución de 1789, dicha norma se coloca en la cima de la jerarquía normativa. En caso de que la ley contradiga sus prescripciones, debe considerarse *null and void*. La Constitución vincula, por último, al poder judicial. En caso de que un juez se encuentre en un supuesto en el que tanto la constitución como la ley sean aplicables a los mismos hechos y dispongan de manera contradictoria, el juez tiene que aplicar la norma de superior rango, esto es, aplicar la constitución e inaplicar la ley que la contradiga.

### **III.1.b) Las primeras formulaciones del control de constitucionalidad**

La solución a la que llegan los redactores de la Constitución de Filadelfia fue políticamente aceptable para todas las tendencias pre-

sentes en la Convención y, sobre todo, pragmática, aunque quizá no fuera excesivamente novedosa. Desde sus orígenes, las colonias norteamericanas habían estado acostumbradas a convivir con un Derecho “más alto”, esto es, el de la metrópoli, que no podían contradecir y que debía ser aplicado por los jueces de los territorios de ultramar con preferencia al nativo.

Acerca de este asunto, conviene mencionar que, durante el periodo colonial, el Parlamento de Westminster retuvo la autoridad para dictar leyes que pudieran afectar a los territorios de ultramar sin ningún tipo de restricciones temporales o materiales. Es cierto que las colonias gozaban de una amplia autonomía, dado que podían dictar leyes para garantizar “la paz, el orden y el buen gobierno” de sus territorios. Pero las cartas coloniales dejaban claro que las normas que se elaborasen en dichos territorios no podían disponer de manera contraria a lo establecido por el reino de Inglaterra. En la medida en que el poder legislativo originario radicaba en el Parlamento inglés, mientras que las asambleas legislativas de las colonias lo tenían sólo por delegación, cualquier norma que dictaran y fuera contraria al derecho británico debería considerarse *void and of none effect* [Blackstone, vol. I, 105]

También la confianza en los jueces a la hora de controlar la conformidad de la ley con ese “derecho superior” tenía sus raíces en la tradición del *common law* que los colonos habían llevado a los territorios norteamericanos como parte de su cultura jurídica. En efecto, en el Reino Unido, no sólo era Derecho lo decidido por el parlamento mediante la ley, sino también lo que deriva de los precedentes judiciales acumulados a lo largo del tiempo, por lo que siempre se había atribuido a los jueces un papel mucho más activo en la creación jurídica del que se les reconocerá en el continente a partir de la revolución liberal.

Es cierto que la atribución a los jueces del control de constitucionalidad rompía con el dogma de la soberanía del parlamento. Pero resaltar su papel a la hora de elegir la norma aplicable al caso no repugnaba a la mentalidad de la época, sino que, en gran medida, formaba parte de la tradición jurídica heredada de los británicos.

Un ejemplo clásico de este patrimonio jurídico es la Sentencia Bonham (1608), dictada por el Juez Coke. En la misma, el magistrado niega la aplicación de una ley del Parlamento inglés en que se reconoce al colegio de médicos la potestad de multar y encar-

celar a los médicos sin licencia. Considera que esta prerrogativa transforma a dicha corporación en juez y parte, por lo que debe considerarse nula. En la Sentencia reivindica que cuando un acto del Parlamento es contrario a la razón o imposible de llevar a la práctica, sea controlado por el *common law*. Hay que reconocer, sin embargo, que la influencia de este precedente en la construcción del control de constitucionalidad norteamericano sigue siendo objeto de polémicas.

Al margen del grado de originalidad de la medida, lo cierto es que el art. VI.2 de la Constitución estadounidense aporta la visión de la Constitución como un texto de naturaleza jurídica y no política, aplicable por los jueces a todo tipo de procesos y superior a la ley en caso de contradicción con este tipo de normas.

En otros lugares he tenido ocasión de referirme, con detalle, a la importancia del hecho federal para la aparición no sólo de la idea racional-normativa de constitución, sino también del control de constitucionalidad [Biglino: 2011]. En esta ocasión es conveniente resaltar sólo que el art. VI.2 de la Constitución estadounidense dejaba dos extremos muy importantes sin resolver. En primer lugar, su redacción literal no preveía expresamente que la jurisdicción federal pudiera ejercer el control de constitucionalidad, que se atribuía sólo de manera expresa a los jueces de los Estados. En segundo lugar, que dicho precepto tampoco sometía a control las leyes de la Federación, sino exclusivamente el Derecho de los Estados.

La afirmación del control de constitucionalidad exigía solucionar estos dos problemas, que fueron resolviéndose paulatinamente, no sin graves dificultades. El papel más destacado para hacer frente a estas lagunas correspondió al poder judicial federal creado en el art. III de la Constitución y que culminaba en la Corte Suprema.

Los jueces federales de circuito habían ya empezado a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de los Estados miembros a partir de la *Judiciary Act* de 1789, recayendo resoluciones de esta suerte en 1791, 1792 y 1793. La primera sentencia de la Corte Suprema norteamericana en este sentido tuvo que esperar, sin embargo, hasta la S. *Fletcher v. Peck* de 1810.

Sin embargo, para entender con propiedad las primeras formulaciones del control de constitucionalidad norteamericano conviene

dejar de lado estos asuntos ligados al federalismo y centrarse en analizar la primera sentencia de la Corte Suprema en la que se declara la inconstitucionalidad de una ley de la Federación, esto es, la *Marbury v. Madison*, de 1803, ya que esta decisión ha tenido un peso decisivo en el Derecho Constitucional.

El fondo jurídico del asunto es la conformidad de la sección 13 *Judiciary Act* de 1789 con respecto a los poderes que la Constitución atribuye al poder judicial. Por debajo, sin embargo, latía un profundo conflicto político entre las dos corrientes ideológicas que dominan el momento.

El Presidente J. Adams y el propio J. Marshall, entonces Secretario de Estado, eran federalistas, esto es, partidarios de robustecer la Unión frente a los intereses de los Estados miembros. Tras perder las elecciones de 1800 y justo la noche antes de cesar en el cargo, expidieron 40 nombramientos judiciales a favor de personas que compartían su ideología. El nuevo presidente T. Jefferson era de tendencias mucho más jacobinas, porque se inclina por la supremacía del legislativo y, sobre todo, de los intereses de los Estados. El nuevo secretario de Estado, J. Madison, sintió una profunda desconfianza ante los *midnight judges*, ya que consideraba que su designación era una maniobra para que los federalistas se refugiaran en el poder judicial, por lo que bloqueó los nombramientos, que no llegan a sus destinatarios. Uno de los afectados, W. Marbury, apeló a la Corte Suprema, solicitando que esta ordenara a Madison expedir su nombramiento y poder, así, incorporarse al cargo.

Mientras tanto, J. Marshall había sido designado presidente de dicho Tribunal. El asunto que tenía delante era complejo y de alta densidad política. En caso de estimar el recurso y obligar a Madison a expedir las designaciones, la nueva administración podía alegar que la decisión era de naturaleza política y negarse a ejecutarla, lo que habría dañado definitivamente la autoridad de la Corte Suprema. De otro lado, Marshall tampoco podía declarar que los nombramientos que él mismo había contribuido a realizar eran ilegales.

La decisión final consistió en desestimar la petición de W. Marbury no por razones de ilegalidad, sino de inconstitucionalidad. La Corte Suprema decidió que no podía expedir el mandamiento que se le solicitaba porque, al atribuirle ese poder, la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 era contraria a la Constitución.

El Juez Marshall, que fue ponente en la Sentencia, hace algunas afirmaciones que siguen siendo claves para el concepto de constitución que seguimos utilizando. El Magistrado es rotundo a la hora de resolver el conflicto entre ley y la propia Constitución. Para él, este asunto es de interés en Estados Unidos, pero no de gran complejidad. En ejercicio de su derecho originario a establecer los principios que conducen a su felicidad, el pueblo se ha dotado de una Constitución que organiza el gobierno y distribuye el poder entre los distintos departamentos. Todos ellos, incluido el poder legislativo, está limitados. ¿Qué sentido tendría, se pregunta, limitar los poderes y que todo ello se haya hecho por escrito, si dicha restricción pudiera ser ignorada en cualquier momento?

Los aspectos más destacables de la Sentencia consisten en que la Constitución es tratada como Derecho y el conflicto entre Constitución y ley no se enfoca como un problema político sino como una contradicción técnica que debe ser resuelta por el juez al ejercer su función. Para el Juez Marshall, cuando una ley y la Constitución se aplican a un caso concreto y la ley se opone a la Constitución, el juez debe pronunciarse sobre cuál de ellas ha de aplicar. Para Marshall, no cabe duda de que, en ese caso, la ley no vincula a los tribunales y carece de eficacia, por lo que el juez debe considerarla *null and void*.

A lo largo del tiempo, el control de constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos ha conservado muchos de sus caracteres originarios, que suelen contrastarse con los que luego identificarán al sistema continental europeo. Como su presupuesto es la naturaleza jurídica de la Constitución, no se confía a órganos especializados, como ocurre en nuestros sistemas, sino que ha de ser ejercido por cualquier juez o tribunal que se encuentra ante un conflicto entre ley y constitución. Esta característica suele denominarse control difuso de constitucionalidad. Además, el problema de la inconstitucionalidad no surge, en general, de forma abstracta sino como una cuestión instrumental en un proceso cuyo objeto procesal es distinto. Así sucedía, como hemos visto, en la Sentencia *Marbury vs Madison*, donde lo que se discutía era la competencia de la Corte Suprema para obligar al ejecutivo a expedir un nombramiento y el derecho del recurrente a recibirlo. Es, pues, un control de carácter incidental. Esta característica se refleja en el fallo del juez, que puede decidir sobre el fondo del asunto aplicando la Constitución y dejando de lado lo dispuesto por la ley. Pero, en este

tipo de casos, la ley puede no ser anulada con carácter general para todos los agentes jurídicos, sino que únicamente no se toma en cuenta para resolver el asunto en concreto. Nada impide, pues, que otro juez pueda seguir aplicando la misma ley en otros tipos de procesos, hasta que la Corte Suprema no decida sobre el asunto. La decisión de este último Tribunal tiene carácter vinculante para el resto de los órganos judiciales, por lo que sólo cuando este haya tomado una decisión sobre el asunto la ley pierde su aplicabilidad.

### *III.2. La recepción del concepto racional-normativo de constitucionalidad en Europa y control de constitucionalidad concentrado*

La afirmación del Estado Constitucional de Derecho en Europa es más tardía porque, en nuestro continente, faltaba uno de los elementos esenciales para su construcción, esto es, la diferencia entre el poder constituyente y los poderes creados por la constitución. También en este asunto tendrá importancia el hecho federal porque serán tres países que se dotan una organización territorial compleja (como es Austria y Checoslovaquia, en 1920, y España, en 1931) donde aparece por primera vez un tribunal encargado de velar porque el centro y los territorios dotados de autonomía respeten el ámbito de competencia territorial que le atribuye la constitución. Ahora bien, sin duda, el factor que más contribuye a la implantación del Estado Constitucional de Derecho es la definitiva consolidación del principio democrático y la configuración de la constitución como expresión de la voluntad popular. Es entonces cuando se somete al legislador a los límites recogidos en dicha norma en asuntos tales como los derechos fundamentales.

Las constituciones europeas posteriores a la segunda guerra mundial se inspiran, aunque no reproducen de forma mimética, en el modelo norteamericano que se acaba de describir. Es verdad que, a partir de ese momento, ya no son una mera declaración política sino que se conciben como normas dotadas de superioridad jerárquica. Pero la textura de la constitución sigue siendo algo distinta de la que caracteriza a otro tipo de normas, que no llega a ser, como era en Estados

Unidos, “derecho ordinario” y “derecho superior” que deba ser aplicado por los jueces, aun a costa de inaplicar la ley.

La razón de esta peculiaridad está en la pervivencia en nuestros ordenamientos de algunos rasgos que caracterizaron al Estado Legal de Derecho.

En los países de nuestro continente, el principio de primacía de la ley cambia, porque, como en Estados Unidos, la ley deja de ser la primera norma del ordenamiento. Aun así, y como veremos a continuación, sigue conservando un papel nuclear en el Estado democrático, ya que continúa siendo la forma ordinaria en que los representantes del pueblo expresan la soberanía. En virtud de esta conexión, la ley se presume constitucional, mientras no se demuestre lo contrario. Además, el principio de legalidad continúa inspirando el papel que corresponde a los jueces y tribunales. Es cierto que el poder judicial ha de inaplicar normas e invalidar actos contrarios a la constitución e inferiores a la ley. Pero, por respeto al parlamento, no puede hacer lo mismo con las leyes, a las que sigue estando sometido.

El control de constitucionalidad no se atribuye a la jurisdicción ordinaria por diferentes razones. Desde un punto de visto teórico opera, desde luego, la manera en que Montesquieu y la revolución francesa habían concebido la función jurisdiccional dentro del juego de la división de poderes. Según esta visión, que se analiza en el apartado II.2 de este capítulo, el juez debía sólo limitarse a aplicar las leyes, ya que hacerlas o deshacerlas era una tarea que correspondía exclusivamente al parlamento. No cabe descartar, además, que también influyeran razones políticas porque, en ciertos momentos, predomina una profunda desconfianza ante quienes se consideran funcionarios de mentalidad seguramente conservadora.

Los debates que condujeron a la redacción de la Constitución italiana de 1947 ponen de manifiesto el recelo que el control de constitucionalidad despertaba entre los sectores de la izquierda, especialmente el Partido Comunista Italiano. Existía el temor a que, en épocas de transformación social, cumpliera las funciones “moderadoras” que el rey o el senado habían desempeñado en el pasado [Zagrebelski: 1977, 321-327].

Por estas razones se establece un tipo de control de constitucionalidad peculiar, que intenta conciliar, de un lado, la legitimidad demo-

crática de la ley y la sumisión del juez a dicha norma, con la necesidad de salvaguardar la primacía normativa de la constitución, de otro.

En el periodo que transcurre entre las dos guerras mundiales, algunos países como Austria y España optaron por la creación de nuevas instituciones, esto es, los tribunales constitucionales cuya misión principal (aunque no exclusiva) es velar por la supremacía de la norma fundamental. Según este modelo, para asegurar que exista correspondencia entre la mentalidad de los magistrados y las sensibilidades que predominan en la opinión pública, se decidió que sus miembros fueran elegidos por otras instituciones del Estado, como son los parlamentos o los titulares del poder ejecutivo. Además, su mandato es temporalmente limitado ya que se consideraba que el carácter vitalicio del cargo, si bien es garantía de independencia, puede suponer cierta pérdida de receptividad a la hora de captar nuevos problemas sociales.

En las primeras formas de control constitucional que aparecen en Europa, los tribunales constitucionales tienen el monopolio del control de constitucionalidad de la ley y ejercen dicha función, además, de manera distinta a la estadounidense. En principio, sólo ciertas instituciones (como la minoría parlamentaria o el jefe del ejecutivo) están legitimadas para impugnar ante el tribunal constitucional una ley aprobada por la mayoría del parlamento, con lo que el control, en vez de ser incidental, es directo. El tribunal constitucional, además, tiene que decidir sobre la validez de la ley en abstracto y sin tener en cuenta los efectos que produce la aplicación de dicha norma. La sentencia de dicho órgano tiene unos efectos contundentes. En caso de que aprecie la contradicción entre la ley y la constitución, el tribunal expulsará la ley del ordenamiento jurídico con carácter general y frente a todos, lo que supone que no podrá volver a ser aplicada. En definitiva, el control de constitucionalidad que surge en Europa se caracteriza, frente al norteamericano, por estar concentrado, ser abstracto y culminar con la declaración de nulidad.

No es este el momento de tratar con más detalle el control de constitucionalidad que, por lo demás, asume formas bastantes diferentes en Europa. Antes de terminar con el asunto, merece la pena subrayar que sus rasgos iniciales han ido modificándose a lo largo del tiempo,

de manera que sus diferencias con el sistema estadounidense han ido difuminándose.

Los tribunales constitucionales actuales siguen especializados en el control de las leyes, pero esta no es su única tarea. Algunos de ellos, como el español o el alemán, asumen, además, la resolución de conflictos entre entidades territoriales y la defensa de los derechos fundamentales. Junto a ello, han aparecido formas más estrechas de colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. Es verdad que la primera continúa sometida al imperio de la ley, por lo que no puede declarar la invalidez de la ley. Aun así, se han establecido otros mecanismos para evitar que los jueces ordinarios tengan que aplicar leyes contrarias a la constitución, como es la cuestión de inconstitucionalidad. Mediante este procedimiento, se intenta resolver el conflicto en que se puede encontrar el juez ordinario cuando, en el seno de un proceso, se halle ante una ley aplicable al caso y de cuya constitucionalidad duda. En caso de que se den estas circunstancias, puede suspender las actuaciones y plantear sus argumentos ante el tribunal constitucional. La decisión de este último acerca de la constitucionalidad de la ley vinculará al juez a la hora de dictar sentencia. A través de esta vía, se atribuye al control europeo algo de la incidentalidad característica del modelo norteamericano ya que el problema de constitucionalidad no aparece en abstracto sino ante el juez ordinario, como cuestión instrumental que es preciso resolver para decidir sobre el proceso principal.

Un buen ejemplo de la cuestión de inconstitucionalidad es el que aparece recogido en el art. 163 CE. Según este precepto, “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

#### **IV. LAS EXIGENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL ESTADO DE DERECHO**

Acabamos de ver como la consolidación del Estado Constitucional de Derecho ha supuesto un perfeccionamiento del Estado de Derecho porque, en la actualidad, el legislador está limitado por las decisiones

adoptadas por el constituyente acerca de la organización y límites a los poderes públicos. Esto no significa, sin embargo, que las otras exigencias inherentes al Estado Legal hayan desaparecido o tengan menor importancia de la que tenían en el pasado, sino que dichos requisitos conservan su virtualidad.

Buena prueba de ello es que muchos textos internacionales y constituciones sigan utilizando la expresión Estado de Derecho en su articulado. Así sucede, por ejemplo, con el Tratado de la Unión Europea, cuyo art. 2 fundamenta la integración en el respeto de la dignidad humana, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, que considera valores comunes a los Estados miembros. En el ámbito interno es un buen ejemplo la Constitución de la República Federal Alemana, cuyo art. 79 declara irreformables los principios recogidos en el art. 20, entre los que figura la sumisión del poder legislativo al orden constitucional y del poder ejecutivo y judicial a la ley y al Derecho.

Mención especial merece el art. 9.3 de la Constitución española, una de las que recoge con mayor precisión las exigencias contemporáneas del Estado de Derecho, al afirmar que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Ahora bien, algunos de los elementos que caracterizan al Estado de Derecho desde sus orígenes han experimentado modificaciones, transformaciones que son consecuencia del impacto de otros caracteres del Estado Constitucional contemporáneo. Es verdad que el principio democrático impone la subordinación de la ley con respecto a la constitución. Pero la proclamación de la soberanía popular exige, al tiempo, reconocer a la norma elaborada por el parlamento, órgano representativo del pueblo, un papel muy destacado en el sistema normativo. El mismo principio ha influido también en la responsabilidad de los poderes públicos y en una de sus principales consecuencias, esto es, la interdicción de la arbitrariedad. Para asegurar mejor estas exigencias, se establecen más y mejores formas de control sobre la actuación de los poderes públicos, lo que, entre otros resultados, refuerza el principio de legalidad.

No cabe desconocer, sin embargo, que fenómenos contemporáneos como son el mayor protagonismo del ejecutivo, el impacto de la globalización o el reconocimiento del pluralismo territorial entran, a veces, en tensión con algunas de las exigencias del Estado de Derecho. Surgen, así, nuevos retos, que no sólo afectan a la estructura del sistema normativo sino también a las garantías de la certeza del derecho y de la seguridad jurídica.

#### *IV.1. La centralidad de la ley*

El establecimiento del Estado Social y Democrático de derecho ha generado otros cambios en la noción de ley, además de los que derivan de su subordinación a la constitución. Algunos de ellos se refieren a los órganos que tienen atribuida la facultad de elaborarlas porque, en la actualidad, y a diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX, el parlamento nacional no es el único legitimado para dictarlas.

Así, en primer lugar, el actual pluralismo territorial ha hecho que, junto a la ley nacional, hayan aparecido otras leyes cuyo ámbito de eficacia se extiende sólo a partes del territorio nacional. Como vimos en el capítulo anterior, todos los federalismos reconocen capacidad legislativa no sólo al centro, sino también a las partes que los componen, sean estas regiones, comunidades autónomas o Estados miembros. Las leyes que dictan estas entidades territoriales gozan de una naturaleza semejante a las que dicta el parlamento nacional, por lo que se colocan en la misma posición dentro de la jerarquía normativa.

En segundo lugar, y como ya se analizó en el apartado II.4. c) del capítulo cuarto, la mayor intervención de los poderes públicos en la vida social y económica ha robustecido el papel del poder ejecutivo que, tanto en los sistemas presidencialistas como en los parlamentarios, protagoniza la función de dirección política. Por eso, se le atribuye una potestad normativa que excede la mera función de desarrollar las leyes. En nuestro ordenamiento, como ocurre en otros de nuestro entorno, el gobierno está constitucionalmente legitimado para dictar decretos-leyes y decretos legislativos, esto es, disposiciones que comparten la posición de la ley en el ordenamiento, por lo que pueden derogar y modificar leyes de producción parlamentaria.

Estos cambios no implican, sin embargo, que la ley haya perdido una posición privilegiada en el ordenamiento, sino que dicha norma continúa desempeñando un papel nuclear. La ley está inmediatamente subordinada a la constitución, norma que se remite a ella para regular materias que, aunque la propia constitución menciona, no desarrolla. Así sucede, por ejemplo, con la organización y funcionamiento de la mayor parte de las instituciones y con el régimen jurídico de los derechos fundamentales. El legislador democrático es el encargado de dar forma a estos contenidos conforme a su propio ideario, por lo que goza de un amplio grado de libertad para configurar la organización del poder y su relación con los ciudadanos, limitado sólo por lo dispuesto en la constitución.

La posición privilegiada de la ley no deriva, únicamente, de su directa imbricación con la constitución ni de la importancia de las materias que está llamada a desarrollar, sino también de la conexión que existe entre su forma de elaboración y el principio democrático. Esta vinculación, lejos de debilitarse, se ha reforzado con la consolidación del Estado democrático.

Las reglas que articulan el procedimiento legislativo siguen, como al inicio del liberalismo, íntimamente conectadas con las exigencias que la regla de la mayoría, el respeto al pluralismo y la publicidad imponen a los procesos de toma de decisiones. Ahora bien, estos requisitos adquieren nuevo fundamento o se refuerzan. Así, la regla de la mayoría ya no se justifica por razones de carácter axiológico, sino que se fundamenta en argumentos mucho más pragmáticos, basados en motivos de utilidad. En la actualidad, la imposibilidad de alcanzar la unanimidad lleva a aceptar la decisión de la mayoría no porque esté más cerca de la razón sino, simplemente, porque genera menos contrariados.

Un buen ejemplo de este tipo de justificaciones es el que nos brinda Kelsen. Para el autor “únicamente la idea de que deben ser libres, si no todos, así al menos tantos hombres como sea posible –es decir, que tan pocos hombres como sea posible deben verse en la situación de que su voluntad esté en contradicción con la voluntad general del orden social– lleva de una manera razonable al principio de la mayoría” [Kelsen, 2006:52].

A veces, la necesidad de elaborar consensos conduce a exigir mayorías cualificadas. Pero estas reglas para la toma de decisiones se conciben como excepciones a la regla general, que sigue siendo que haya más síes que noes. En efecto, las mayorías reforzadas pueden producir efectos perturbadores para el principio democrático, al impedir la modificación del *status quo* a pesar de que haya más personas favorables al cambio que contrarias al mismo.

Existen, también, más y mejores cauces para que los miembros de la cámara expresen su opinión en orden a influir en la decisión final y en la opinión de los electores. Es cierto que, en los parlamentos actuales, predominan los partidos, por lo que son pocas las facultades que corresponden a los parlamentarios individuales. Pero los derechos que corresponden a la minoría están mejor definidos e integran un haz de facultades que, en algunos países, confluyen en el denominado estatuto de la oposición.

Hay, en efecto, constituciones que, como la francesa, obligan a los reglamentos parlamentarios a reconocer derechos específicos a los grupos de oposición y a las formaciones minoritarias (art. 51.2). Otras, como la colombiana, son más detalladas y enumeran algunos de estos derechos, como son el derecho de acceso a la información y a la documentación oficiales; de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones al Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales y de participación en los organismos electorales (art. 112).

No sólo hay, pues, más derechos, sino que además estos están mejor asegurados por el establecimiento de garantías destinadas a evitar, o a remediar, que los órganos de la cámara, dominados por la mayoría, vulneren la posición de la minoría.

Esto es lo que sucede, por ejemplo, en España. El Tribunal Constitucional ha reconocido que la vulneración de las facultades de los parlamentarios constituye una violación de su derecho de participación política, por lo que protege esas atribuciones a través del recurso de amparo. En la República Federal Alemana, la vulneración de los derechos de la minoría puede ser denunciada

ante el Tribunal Constitucional como un conflicto entre órganos constitucionales [Biglino: 1993b, 98].

Los adelantos tecnológicos y una visión más integradora de los procesos de toma de decisiones están favoreciendo, además, la aparición de nuevas formas de participación ciudadana. Tanto en nuestro país como en otros de nuestro entorno apunta una tendencia a completar la acción del representante con la acción del representado, a quien se reconoce, por ejemplo, el derecho a presentar iniciativas legislativas populares.

Un ejemplo de esas formas de participación es el del Reino Unido, donde los ciudadanos pueden presentar *e-petitions* requiriendo una determinada acción del Gobierno o de la Cámara de los Comunes. Algunas de estas innovaciones, pues, mantienen los instrumentos tradicionales de participación pero adaptados a internet. En España, el Reglamento de las Corts Valencianas prevé, desde 2016, la posibilidad de que los ciudadanos puedan participar directamente, a través de medios telemáticos, y de hacer llegar a los grupos parlamentarios su opinión, observaciones y sugerencias sobre las iniciativas legislativas y proposiciones no de ley (art. 110.2). Introduce, además, un nuevo título XV bis, denominado “Parlamento abierto”.

Antes se señalaba que la publicidad es un requisito de elaboración de la ley desde la aparición de los primeros parlamentos contemporáneos, porque es inherente al propio concepto de representación. Con el Estado Constitucional de Derecho, las exigencias que impone el principio, lejos de atenuarse, se acrecientan. Influye, sobre todo, una nueva manera de entender la actuación de los poderes públicos, guiada por la idea de transparencia. Esta, aplicada a la ley, exige que los parlamentos brinden más información y que los ciudadanos puedan saber por qué se legisla, cómo se legisla y qué se legisla.

Todos estos requisitos, referidos al procedimiento legislativo, justifican que la ley, a pesar de estar sometida a la constitución, siga teniendo un lugar central en el sistema normativo. Aun teniendo en cuenta las limitaciones que ha sufrido su fuerza, continua siendo la norma que, a través de un proceso de integración política, expresa de manera ordinaria la soberanía [Zagrebelski: 1987, 155].

## *IV.2. La responsabilidad de los poderes públicos y las formas de control*

La idea de que los poderes públicos son responsables de su gestión ante los ciudadanos tiene sus raíces en las teorías que fundamentaban el origen de toda autoridad en la voluntad de la comunidad, por lo que adquiere carta de naturaleza con las revoluciones liberales. Constituye, en efecto, el reverso de la nueva concepción de soberanía que se instaura con ellas. Si todos los poderes públicos son creados por la comunidad para conseguir el bienestar general, justo es que sus titulares respondan de su gestión ante quienes les han delegado la autoridad. La afirmación de la soberanía popular hizo que este principio adquiriera todavía más importancia de la que ya tenía en sus orígenes. Llevó a sostener “que todos los poderes públicos ejercen un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben “dar cuenta” a éste de su gestión y responder de la objetividad de la misma” [García de Enterría: 2003, 26].

En la actualidad, todas las formas de responsabilidad pública presuponen un juicio acerca de la actuación desempeñada por quienes ostentan el poder y establecen consecuencias por la manera en que se ha llevado a cabo dicha gestión. Ahora bien, la forma en que se lleva a cabo dicha valoración y las consecuencias que dicho juicio comporta pueden ser de distinto tipo [Rescigno: 1979, 427].

Así, en algunas ocasiones, la responsabilidad es sólo jurídica. En esos supuestos, el enjuiciamiento de la conducta del autor, así como las consecuencias que derivan de su gestión, están predeterminados por el ordenamiento. Esto es lo que sucede cuando se exige responsabilidad civil, penal o administrativa a quienes desempeñan cargos públicos. En todos estos casos, el canon para valorar la actuación del sujeto está establecido en normas jurídicas que, de manera imperativa o prohibitiva, establecen la conducta que debería haber seguido el sujeto responsable. Las consecuencias que genera la exigencia de responsabilidad tampoco dependen de una valoración subjetiva por parte del juzgador sino que están previstas, con carácter general, en el propio sistema jurídico. Son, pues, el efecto que produce el incumplimiento de la norma por parte del autor. Por último, la exigencia de responsabilidad puede crear una repercusión negativa sobre la liber-

tad personal, el patrimonio o a la situación administrativa del sujeto responsable.

De manera distinta, hay otras formas de responsabilidad cuya naturaleza es política. En estos casos, la valoración que merece la gestión de quien ostenta el poder no está predeterminada por el Derecho, sino que obedece al libre criterio de quien hace efectiva la responsabilidad. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el parlamento exige responsabilidades al gobierno o el elector enjuicia la actuación de sus representantes. En ambos supuestos, quienes enjuician no lo hacen conforme a un parámetro fijo y preestablecido, sino de acuerdo a su propio programa o a su ideología personal [Biglino: 2016, 46-47].

Para hacer efectiva esta responsabilidad, y desde sus orígenes, el Estado Constitucional arbitró distintas formas de control, que M. Aragón ha identificado como control jurídico, político y social. La primera de ellas corresponde, fundamentalmente, a los jueces y tribunales, que lo efectúan en los casos y formas predispuestas por el ordenamiento. Las otras formas de control dependen de la voluntad de quien lo ejerce. Mientras que el principal control político corresponde al parlamento, el control social corresponde, fundamentalmente, a la opinión pública [Aragón Reyes: 1995, 172-181].

Es claro que la exigencia de responsabilidad a través del control político y social está más relacionada con el Estado democrático, ya que son formas a través de las cuales el parlamento o los ciudadanos enjuician la manera en que los poderes públicos, y sobre todo los que han sido elegidos democráticamente, cumplen con la tarea de servir al interés general. Por eso, el control político se analizó en el capítulo anterior, al tratar de las relaciones gobierno-parlamento.

El control jurídico es, sin embargo, inherente al Estado de Derecho. Antes se señalaba que la lucha contra la arbitrariedad del legislador llevó a la instauración del control de constitucionalidad, tema que ya hemos tenido ocasión de analizar. Conviene ahora destacar que esto no ha supuesto dejar de lado las garantías del principio de legalidad, sino que, muy al contrario, estas se han reforzado, sobre todo con respecto al poder ejecutivo.

En la actualidad se han superado algunas de las restricciones que, durante el Estado Liberal, afectaban al poder de los jueces a la hora

de revisar la actuación de la administración y que, como se trató en el ap. II.2, provenían de una interpretación estricta de la división de poderes. En la mayoría de los países, el control jurídico de la actividad administrativa corresponde a la jurisdicción ordinaria y, en algunos casos, al orden contencioso-administrativo, cuya misión consiste, precisamente, en verificar que el gobierno y la administración cumplan con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

La función de dirección política atribuida al ejecutivo explica ciertas peculiaridades que afectan al control jurídico de sus actos. Para evitar la judicialización de la política y la politización de la justicia, se reconoce al gobierno un ámbito de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones. Por tal, se entiende la posibilidad de elegir entre las diferentes opciones que dejan abiertas las normas jurídicas. No es, pues, un poder arbitrario, dado que siempre está sujeto a Derecho, sino el reconocimiento al ejecutivo de un grado amplio de libertad a la hora de establecer los fines que debe seguir su acción, así como los medios para alcanzar dichas metas.

Esto no significa que los actos del gobierno estén exentos de control. Quiere decir que los jueces y tribunales sólo podrán controlarlos parcialmente. En España, por ejemplo, el art. 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, concreta este extremo, al precisar los actos del gobierno o de los consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas de los que puede conocer el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Entre ellos, figuran las cuestiones relacionadas con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes. Se añaden, además, los elementos reglados del acto, esto es, los aspectos del mismo que están prefigurados de manera precisa en las normas superiores y que vinculan al ejecutivo. La competencia de los tribunales para controlar los elementos discrecionales de los actos del gobierno es menos intensa, ya que no pueden reemplazar la opción por la que ha optado el ejecutivo entre las varias que dejan abiertas las normas superiores. Ahora bien, también en estos casos hay un cierto espacio para el control, ya que la jurisdicción contencioso-administrativa puede servirse de técnicas tales como la utilización de los principios generales del Derecho, la idea de proporcionalidad, o la desviación de poder, por ejemplo.

Aunque, como acabamos de analizar, el Estado Constitucional de Derecho ha supuesto un refuerzo de los controles, estos siguen sin ser suficientes. Los acontecimientos que hemos vivido desde el estallido de la crisis económica ha generado un gran malestar ciudadano, que exige más y mejor fiscalización de los poderes públicos.

En las décadas anteriores, en épocas de bonanza y expansión, se desactivaron determinadas formas de control que habían caracterizado al Estado de Derecho desde sus orígenes. En aras de la eficiencia, algunas de las actividades que tradicionalmente habían sido desempeñadas por los poderes públicos se confiaron a empresas mixtas, formadas por capital público y privado, o a empresas públicas que, a pesar de estar financiadas por los contribuyentes, actuaban sujetas a Derecho privado, por lo que no estaban sometidas a los controles que afectan a la administración. Siempre con el pretexto de servir mejor a los ciudadanos, se consideró que determinadas formas de fiscalización previa eran rémoras que obstaculizaban el funcionamiento ágil de las administraciones y, además, ponían límites a lo decidido por las mayorías políticas. La necesidad de asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, sobre todo en la ejecución del gasto, se consideraba, así, una restricción indebida al principio democrático, porque retrasaba llevar a la práctica las medidas prometidas en los programas electorales.

Este tipo de planteamientos partían de un claro error de óptica, dado que el control jurídico no se opone a la democracia. Es más, la perfecciona, porque sujeta el poder a las leyes elaboradas por el parlamento, órgano representativo del pueblo. La democracia es, también, sujeción a la ley que nos hemos prescrito. Pero, además, estas formas de “huida del Derecho administrativo” trajeron unas consecuencias nefastas, dado que favorecieron los casos de corrupción que han asolado a nuestro país y a otros muchos ordenamientos de nuestro entorno.

Perfeccionar las formas de control sigue siendo una exigencia a la que el Estado Constitucional de Derecho debe dar respuesta. Sigue siendo preciso, pues, robustecer el control social, asegurando unos medios de comunicación independientes, financiados de manera transparente y, por ello, ajenos a las presiones e intereses políticos. Del control político ya hemos tenido ocasión de tratar, por lo que sólo

cabe recordar que es preciso reforzar las formas de fiscalización que tiene a su disposición el parlamento, para asegurar una gestión más adecuada por parte del ejecutivo. Y, sobre todo, es preciso perfeccionar las formas de control jurídico, para asegurar que la administración actué, en todo caso, conforme a lo establecido en la ley.

### *IV.3. La certeza del Derecho y la seguridad jurídica en sistemas plurales de economía de mercado*

Otros de los retos que tiene planteado el Estado de Derecho están relacionados con las nuevas formas de pluralismo territorial y el papel asignado a los poderes públicos en la vida social y económica, extremos que han experimentado intensas transformaciones en las últimas décadas y que generan dificultades difíciles de resolver.

Los sistemas jurídicos actuales son mucho más diversos de los que existían después de la segunda guerra mundial. Como vimos en el capítulo anterior, hay muchos países que, como España, Italia o el Reino Unido, han abandonado la estructura centralista para reconocer autonomía a las entidades territoriales que los componen. Desde entonces, además, ha crecido la influencia de las organizaciones supranacionales. Algunas de ellas, como son la ONU o el Consejo de Europa, no alteran la estructura estatal tradicional. Se trata de entidades creadas a través de tratados internacionales, suscritos por los propios Estados y que, en la mayor parte de las ocasiones, vinculan sólo a estos. Hay, sin embargo, otras entidades que tienen una naturaleza mucho más compleja, ya que no sólo vinculan a los Estados, sino también a las personas. Este es el caso de la Unión Europea, cuyas normas son directamente aplicables en el territorio de los Estados miembros, por lo que, a veces, crean derechos y obligaciones para los ciudadanos. Las normas de la Unión están, además, dotadas de primacía, por lo que los jueces nacionales, cuando se encuentra ante un conflicto entre las normas de derecho interno y las normas de la Unión, debe aplicar el Derecho de la Unión.

Estas formas de pluralismo normativo tienen muchas ventajas. De un lado, el reconocimiento de autonomía y de potestad legislativa a entidades territoriales inferiores al Estado permite aproximar la decisión a los territorios afectados y dar expresión a las características

peculiares de las distintas zonas que integran a los países. La atribución de función normativa a organizaciones supranacionales favorece la integración entre Estados independientes, que resultan más fuertes que antes, tanto en el plano económico como en el político. Ahora bien, el pluralismo también suscita inconvenientes. El principal de todos ellos es la dificultad para conocer cuáles son las normas que regulan las relaciones sociales y decidir cuál de ellas resulta de aplicación.

Estos problemas afectan a casi todos los poderes públicos, sobre todo los que aplican derecho a los casos concretos. Incide, pues, en la actividad de la administración y en el ejercicio de la función judicial. Para estas instituciones, es complejo desempeñar adecuadamente las actividades que les corresponden conforme a lo establecido en el ordenamiento manejando normas que proceden de tres sistemas jurídicos distintos, como son el estatal, el sub-estatal y el supraestatal. Hay, pues, riesgos para la certeza del Derecho.

Pero, quizá, el problema más acuciante radica en las dificultades que el pluralismo normativo genera en la seguridad jurídica. Para cualquier ciudadano es difícil conocer de antemano las consecuencias que pueden generar sus acciones cuando quizá estas aparezcan reguladas por normas de muy distintos orígenes que, además, no tienen por qué disponer en el mismo sentido.

Algunos datos pueden servir para ilustrar estas dificultades. Según cálculos de 2013, en España había en vigor unas 100.000 leyes y normas de diferente naturaleza, de las cuales 67.000 eran autonómicas [Sánchez de la Cruz, 2013]. A esto hay que añadir que, para ciertas estimaciones, las instituciones europeas aprueban 3.076 normas jurídicas al año, es decir, 280 normas jurídicas al mes y 18 normas jurídicas al día [Cano Montejano, 2013]

En capítulos anteriores se han examinado las ventajas que la implantación del Estado Social ha generado para las personas, que reciben ahora prestaciones desconocidas durante la etapa liberal y cuya misión reside en asegurar una mayor igualdad de oportunidades. Pero no cabe ignorar que la creciente intervención de los poderes público, inherente a esta forma de Estado, ha supuesto también inconvenientes.

En algunas ocasiones, quien asume el protagonismo en la vida social y económica es el legislador, que debe regular dichos ámbitos mediante leyes cuyo contenido se aleja de la homogeneidad y clari-

dad que exige la certeza del Derecho. En nuestro país, como sucede con muchos otros, estas normas ya no tienen un contenido general y fácilmente comprensible para los ciudadanos sino que, en ocasiones, regulan aspectos muy específicos de nuevos sectores, pueden ser las telecomunicaciones o la tecnología, que precisan de regulaciones muy técnicas. La intervención del parlamento en estas materias es necesaria, dado que afectan a las materias reservadas a la ley, pero hay que reconocer que su contenido es difícilmente accesible para la mayoría de las personas. Los repentinos cambios que afectan a estos ámbitos exigen, además, respuestas que, para ser eficaces, deben ser rápidas, lo que sin duda afecta a la calidad de las leyes y al principio de seguridad jurídica.

En la mayoría de los casos, sin embargo, la intervención es protagonizada por el ejecutivo, poder que actúa mediante los tipos de normas que está autorizado a dictar. La crisis económica ha propiciado que, al menos en nuestro país, se haya incrementado de manera alarmante el número de decretos-leyes, lo que no sólo altera la relación entre el gobierno y el parlamento, sino que además suponen riesgos para la certeza del Derecho. Estas normas obedecen a causas de extraordinaria y urgente necesidad, por lo que suelen entrar en vigor inmediatamente después de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. La brevedad de la *vacatio legis* dificulta el conocimiento del Derecho y, por tanto, pone en peligro la seguridad jurídica.

Antes de terminar estas páginas es preciso hacer referencia a algunos riegos que genera la globalización, especialmente para la posición jurídica de las personas. Este fenómeno no sólo ha supuesto que los Estados hayan levantado sus fronteras para favorecer la actuación de empresas multinacionales en sus propios territorios, sino también que estos agentes privados asuman cada vez mayor poder con respecto a los ciudadanos. Muchas de las funciones que antes desarrollaban los Estados, en materia de transporte o telecomunicaciones, por ejemplo, han sido cedidas a sectores privados, cuyo control escapa a los propios Estados. Son, además, entidades poderosas, con capacidad de influir en la vida de las personas y ante las cuales el ciudadano se encuentra generalmente en una situación de gran indefensión. No es fácil someter a estas entidades a Derecho, no sólo porque actúan en diferentes países y toman decisiones fuera de las fronteras de los Estados, sino también porque dichos actores tienen capacidad suficiente

como para imponer sus propios intereses a las instituciones que marcan la decisión política.

Un buen ejemplo de estos riesgos lo constituía el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP) que se negociaba entre la Unión Europea y Estados Unidos desde 2013 y que ha sido paralizado por la administración del presidente Trump. El texto de dicho acuerdo ha resultado muy polémico, no sólo por el secreto con el que se llevaron las negociaciones, sino también por su contenido. Para muchos, la desaparición de aranceles y de otros obstáculos a la libre circulación de mercancías podía suponer un claro perjuicio de los trabajadores en beneficio de las grandes empresas. Pero, sobre todo, resultaba polémico el ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*), esto es, un sistema de resolución de controversias entre Estados e inversores que, lejos de radicarse en tribunales de naturaleza pública, nacionales o internacionales, se atribuía a tribunales arbitrales privados.

No parece posible, ni deseable, frenar la globalización. Se trata de un fenómeno que es consecuencia de la facilidad de comunicación e intercambio existente en el mundo actual y que tiene, también, aspectos positivos para los Estados y sus habitantes. Ahora bien, hay que reconocer que el Estado de Derecho contemporáneo no está preparado para hacer frente a los riesgos que la globalización entraña, precisamente porque la idea de someter el poder a Derecho nace pensando en los poderes estatales públicos y en leyes que se aplican dentro de los territorios de cada Estado. Una respuesta adecuada exige admitir que el poder a limitar no sólo es el nacional, ni únicamente el público. Impone, además, reconocer que las normas que constriñen al poder y a las instituciones que las aplican deben ser, al menos, tan globales como las amenazas.



## Referencias

- Adams, J. T. *Historia de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1954.
- Alzaga, O. “Hacia un estudio de lo preocupante en nuestro régimen de partidos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 35, 2015.
- Ambrosini, G. “Un tipo intermedio di Stato tra l’unitario e il federale”, *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, 1933, págs. 92-100.
- Aragón Reyes, M. “Constitución y Estado de Derecho”, *España: un presente para el futuro*, Madrid, 1984.
- Aragón Reyes, M. “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”, *REDCO*, n° 19, 1987, págs. 85-136.
- Aragón Reyes, M. *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, 1995.
- Aragón Reyes, M. *Estudios de Derecho Constitucional*, tercera edición, Madrid, 2013.
- Aragón Reyes, La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 17, 1986, págs. 101-102.
- Artola Gallego, M. *Los orígenes de la España contemporánea*, vol I, Madrid, 1975.
- Biglino Campos, P. *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, 1991.
- Biglino Campos, P. *Proyecto Docente*. Ejemplar mecanografiado presentado para la obtención del grado de catedrática, Valladolid, 1992.
- Biglino Campos, P. “Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales? *Revista de las Cortes Generales*, octubre-diciembre 1993b, págs. 54-100.
- Biglino Campos, P. *La publicación de la ley*, Madrid, 1993.
- Biglino Campos, P. *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre las competencias*, Madrid, 2007. ^
- Biglino Campos, P. “La constitución fue norma por ser pacto federal”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 28, 2011, págs. 179-204.
- Biglino Campos, P. “Responsabilidad de los poderes públicos y calidad de la democracia” en *La Constitución política de España. Estudios en Homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Madrid, 2016, pág. 43-64.

- Biglino Campos, P. *Partidos Políticos y mediaciones de la democracia directa*, Madrid, 2016.
- Bilder, M. S. *The Transatlantic Constitution. Colonial Legal Culture and the Empire*. Cambridge, 2004.
- Biscaretti di Ruffia, P. “I partiti politici nell’ordinamento costituzionale”, *Il Politico*, maggio 1950, pp. 11-29.
- Blackstone, W. *Commentaries on the Laws of England*, Edición facsímil de la primera edición de 1765-1769, Vol. I.
- Bobbio, N. “Sul principio di legittimità”, *Annali della Facoltà Giuridica*, Genova, 1964, págs. 51-61.
- Bobbio, N. *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Bolonia, 1969.
- Bobbio, N. “La regola di maggioranza: limite e aporie” en Bobbio, N. Offe, C. y Lombardini, S. *Democrazia, maggioranza e minoranze*. Bolonia, 1981,
- Bobbio, N. “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982.
- Bodino, J. *Los seis libros de la república*, selección, traducción e introducción de Pedro Bravo, Madrid, 1973.
- Burgess, J.W. *Ciencia Política y Derecho Constitucional Comparado*, ed. La España Moderna, Madrid, 1922. Hay una versión digitalizada en <http://es.scribd.com/doc/26602100/Burgess-John-William-Ciencia-politica-y-derecho-constitucional-comparado-T-2-1922>.
- Caird, J.S. *Impeachment*. House of Commons, Library, Briefing Paper n°-CBP7612, junio 2016. <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7612/CBP-7612.pdf>., septiembre 2016.
- Cano Montejano, J.C. “Paren la máquina: hiperregulación en la UE”, [http://elpais.com/autor/jose\\_carlos\\_cano\\_montejano/a](http://elpais.com/autor/jose_carlos_cano_montejano/a)
- Chabod, F. *L’idea di Nazione*, Roma-Bari, 1974.
- Constant, B. *Escritos Políticos*, ed. CECIP, Madrid, 1989.
- Conde García, F.J. *El saber político en Maquiavelo*, ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, n° 1, Madrid, 1948.
- Dumont, S., Bentham, J., *La Tattica Parlamentare*, Biblioteca di Scienza Politica, diretta de A. Brunialti, Vol. III, pag. II, Torino 1888.
- Duverger, M. *Los Partidos Políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
- Fioravanti, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Ed. Trotta, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996.

- García de Enterría, E. *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1981.
- García de Enterría, “La constitución como norma jurídica”, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982.
- García de Enterría, E., Fernández Rodríguez, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991.
- “El principio de “la responsabilidad de los poderes públicos” según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 67, enero-abril 2003.
- García de Enterría, E. “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva”. *Revista de Administración Pública*, nº 179, 2009, págs. 167-183.
- García-Escudero, P. “Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 36, 2015, pp. 171-216.
- García Pelayo, M. *Obras Completas*, Madrid, 2009.
- García Pelayo, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1984.
- Garrarena, A. *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980.
- Garrarena, A. *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid, 2011.
- Gardner, J.A. “The failed discourse of state constitutionalism”, *Michigan Law Review*, nº4, 1992.
- Gunther G., Sullivan, K. M. *Constitutional Law*, thirteenth Edition, New York, 1997.
- Hamburger, P. *Law and Judicial Duty*, Cambridge, 2008.
- Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J. *The federalist papers*, Edited by Jacob E. Cooke Wesleyan University Press, Middletown, Conn., 1961, <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers> 25 octubre 2016.
- Hintze, O. “Tipología de las instituciones estamentales en Occidente” *Historia de las formas políticas*, Madrid, 1968, págs. 79-102
- Hobbes, T. *Leviatán*, Edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Madrid, 1979.
- Hobsbawm, E. *Naciones y nacionalismos desde 1870*, ed. Crítica, Barcelona, 2012.
- Jellinek, G. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Milán, 1912.

- Jellinek, G. *Fragmentos de Estado*, prólogo de M. Herrero de Miñón, Madrid, 1982.
- Jellinek, G. *Teoría General del Estado*, prólogo y traducción de Fernando de los Ríos, México, 2000.
- Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.
- Kelsen, H. *Teoría General del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, México DF, 1975.
- Kelsen, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). Traducción de R. Tamayo y Salmorán, revisada por D. García Belaunde, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2011, págs. 249-300.
- Kelsen, H. *De la esencia y valor de la democracia*, Edición y traducción de Juan Luis Requejo Pagés, Oviedo, 2006.
- Kromkowski, Ch.A. *Recreating the American Republic: Rules of Apportionment, Constitutional Change and American Political Development*, Cambridge, 2002.
- Lavagna, C. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, ed Utet, Turín, 1976.
- Locke, J. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Traducción Armando Lázaro Ros, introducción de Luis Rodríguez Aranda, Madrid, 1973.
- Maquiavelo, N. *El Príncipe*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Maravall, J. A. *Estado Moderno y Mentalidad Social* (siglos XV a XVII), ed. Revista de Occidente, Madrid, 1972.
- Martines, T. “Indirizzo político”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXI, págs 134.171, Italia, 1971.
- Matteucci, N. *Organización del poder y libertad*, Madrid, 1998.
- Michels, R. *Los partidos políticos: un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Buenos Aires, 2017.
- Miles, A. S., Dagley, D. L., Yau, C. H. “Blackstone and His American Legacy”, *Australia & New Zealand Journal of Law & Education*, Vol 5, No 2, 2000, pp. 46-59, [http://www.anzela.edu.au/assets/anzjle\\_5.2\\_-\\_4\\_albert\\_t\\_s\\_miles\\_david\\_l\\_dagley\\_\\_christina\\_h\\_yau.pdf](http://www.anzela.edu.au/assets/anzjle_5.2_-_4_albert_t_s_miles_david_l_dagley__christina_h_yau.pdf), septiembre 2016.
- Mirkine-Guetzévich, B. *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*. Madrid, 2011.
- Mortati, C. *Le forme di governo*, Padova, 1973.
- Mortati, C. “Costituzione” (Dottrine generali), *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, 1962.

- Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, prólogo de E. Tierno Galván, traducción de m. Blázquez y P. de Vega, Madrid, 1972.
- Naef, W. *La idea del Estado en la Edad Moderna*, Granada, 2005.
- Palermo, F. *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto*, Trento, 1997.
- Pérez Serrano, N. *Tratado de Derecho Político*, segunda edición, Madrid, 1984.
- Pizzorusso “Democrazia partecipativa e attività parlamentare” en AAVV, *Parlamento, Istituzioni, Democrazia*, Milán 1980.
- Rescigno, G. U. *Corso di Diritto Pubblico*, Bolonia, 1979.
- Rousseau, J.J. *El Contrato social*, Traducción de Ferrando de los Ríos Urruti, Espasa Calpe, Madrid, 1969.
- Rubio Llorente, F. *La forma del poder*, CEPC, Madrid, 2012.
- Sánchez de la Cruz, D. “Regular hasta morir” <http://www.cen7dias.es/contenido.php?bol=128&id=2360&sec=1>.
- Sartori, G. *Ingeniería constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México, 1994.
- Solozábal Echavarría, “Reflexiones esquemáticas: sobre la supremacía constitucional en perspectiva histórica”. Ejemplar mecanografiado de la ponencia presentada en el seminario de profesores de Derecho constitucional celebrado en Sedano el 4 de junio de 2011.
- Sieyès, E. *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Introducción y notas de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez, Madrid, 1989.
- Smith, A. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, edición de Edwin Cannan, Londres, 1904. El facsímil aparece recogido en <http://oll.libertyfund.org/titles/smith-an-inquiry-into-the-nature-and-causes-of-the-wealth-of-nations-cannan-ed-vol-1>
- Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934.
- Stephan, A. *Journal of Democracy*, 10.4, 1999, 19 octubre 2016, <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/deluca/Stepan.htm>.
- Tocqueville, A. de, *L'Ancien Régime et la Révolution*, en la Colección de *Oeuvres complètes*, dirigida por Mayer, Gallimard, París, 1952, págs. 237-8.
- Vidal Fueyo, C. *Constitución y extranjería*, Madrid, 2002.
- Weiler J.H.H., Lockhart, N. J. S. “Taking rights seriously» seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence”, *Common Market Law Review*, vol. 32, nº 2, 1995.

Wood, G.S., *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Virginia, 1998.

Venice Commission, *Report on the Rule of Law*, adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session, CDL-AD (2011)003rev, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e).

Zagrebelski, G. *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977.

Zagrebelski, G. *Manuale di Diritto Costituzionale. Volume primo. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turín, 1987.

# Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.\*



## [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Herramientas Salariales
- \* Calculadoras de tasas y pensiones
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Biblioteca GPS
- \* Ayudas y subvenciones
- \* Novedades

\* Según ranking del CSJC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)





