

DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

PRIMERA PARTE

Manual: El constitucionalismo histórico español.

Tratado de Derecho Constitucional

EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL.

1. INTRODUCCIÓN.

No es posible comprender nuestra Constitución vigente sin la historia del constitucionalismo de nuestro país. Este concepto conlleva un doble sentido:

A. Por una parte, es la historia textual de nuestras diferentes Constituciones, de su contenido y de su significado.

B. Por otra parte, consiste en la historia del constitucionalismo, entendido éste como una cultura política y unos comportamientos sociales que explican la vigencia real de esos textos constitucionales.

Sólo si nos damos cuenta de que el pasado vive aún en el presente, podemos comprender la peculiaridad del derecho constitucional español vigente, las razones de su existencia y el alcance de sus pretensiones. Los caracteres del constitucionalismo español se encuadrarían así en tres ideas generales:

1. A mediados del siglo XVIII, España comienza a acercarse a las corrientes europeas, adquiriendo muchas influencia las ideas enciclopedistas y revolucionarias. Dentro de estas ideas, basadas en el culto a la razón y en la fe en el progreso, destaca el movimiento constitucional propio de la época –la comunidad ha de regirse mediante normas de alcance general–.

2. España adopta el constitucionalismo como forma de organización política moderna y racional muy tempranamente, situándose entre los cinco primeros países del mundo que llegan a poseer una Constitución escrita.

3. Nuestra historia constitucional no ha sido ni lineal ni estable, pues, partiendo de la Constitución de 1812, hasta nuestros días, España ha conocido nueve Constituciones, otras no promulgadas, varios Proyectos de Constitución y numerosas reformas constitucionales.

2. LAS CAUSAS DE LA INESTABILIDAD CONSTITUCIONAL.

Uno de los conceptos claves de la moderna Ciencia Política, es el relativo a la estabilidad o inestabilidad de los regímenes políticos. El hecho de que un sistema político tramite las demandas eficientemente, prescriba acerca de ellas con acierto y las ponga en ejecución con eficacia, en parte de que sea estable. Si las estructuras y la clase gobernante no disponen de una cierta permanencia en el poder, no hay posibilidad de gobernar. De ahí que la estabilidad no sólo sea importante para la seguridad jurídica y la libertad de los ciudadanos, sino también para la eficacia política en todos sus aspectos. Si existe una inestabilidad política, también una inestabilidad constitucional. Pero, la estabilidad no significa que un régimen político deba ser inmovilista, sino que ha de ser flexible y estable a la vez. No debe ser tan rígido que no pueda adaptarse al cambio, pues un sistema político no puede superar una crisis, el resultado es siempre el cambio de régimen y de constitución. Por tanto, estabilidad política y estabilidad constitucional, van unidas.

La estabilidad constitucional como consecuencia de haberse sabido adaptar a los cambios y crisis políticas es típica de países anglosajones:

- Gran Bretaña: que posee una Constitución consuetudinaria y flexible.
- EEUU: cuya Constitución, promulgada en 1787, se convierte en la primera escrita del mundo moderno, aún hoy vigente.

Por otro lado, la inestabilidad constitucional máxima es típica de la latinidad:

- Bolivia: con una media de seis años por Constitución.
- Francia: que desde 1791 ha conocido hasta hoy, doce Constituciones, lo que pone de manifiesto fortísimas tensiones sociales que desembocan en crisis y en la búsqueda de modelos constitucionales siempre originales.
- España: cuyo régimen constitucional no sigue una marcha normal evolutiva que revele una congruencia entre el proceso real de las fuerzas sociales y el de la estructura política. Pero, tanto la primera Constitución vigente de 1812 como la actual, adoptan una superrigidez dirigida a obtener una estabilidad política y constitucional en su época respectiva.

En España se ha dado una gran inestabilidad constitucional desde 1808 o 1812 (desde 1808 con la Carta Otorgada en Bayona por los Bonaparte que no tuvo vigencia real) hasta nuestros días. Sólo hubo dos épocas de relativa estabilidad:

- Época de estabilidad constitucional real (época de la Restauración): desde 1876 hasta 1923.
- Época de estabilidad constitucional ficticia: comprende la era de Franco. Se caracteriza por ser ficticia desde el punto de vista constitucional porque la Constitución que regía estaba formada por siete Leyes Fundamentales, escalonadas entre 1938 y 1967. No cabe hablar de estabilidad hasta 1967, fecha en la que se dispuso la última Ley Fundamental. Además, considerar como Constitución a este conjunto de leyes, es un tema discutible, porque no hubo más norma suprema que las leyes de 1938 y 1939 –las cuales, conferirían los plenos poderes del Estado al General Franco–.

Así pues, las causas de la inestabilidad constitucional, que llega hasta nuestros días, son principalmente tres:

1. La desfasada aparición del régimen constitucional: el constitucionalismo escrito surge como consecuencia de las revoluciones americana y francesa. España va a seguir estos ejemplos otorgando uno de los documentos iniciales que ponen las bases del constitucionalismo moderno: la Constitución de Cádiz. La inestabilidad constitucional se debe a que la aparición del constitucionalismo en España, se produce en un momento inoportuno, a causa de varios factores, lo que será la razón de su inmediato fracaso y de su profunda inestabilidad y falta de firmeza a largo plazo. Estos factores se concretan después de la política reformista y modernizadora de Carlos III, pues se asistirá a una contemplación temerosa de los acontecimientos revolucionarios franceses. La Revolución Francesa provocó un gran espanto en la clase rectora y el afán de evitar todo intento revolucionario en el interior, lo que paralizó todo el movimiento reformista. La consecuencia fue la aparición de una enorme prevención hacia lo intelectual, que se identificaba como algo revolucionario.

El siglo XVIII acaba en un contexto en el que las clases dirigentes vivían temiendo que una convención y un jacobinismo furioso surgieran en España. En Francia llega al poder Napoleón que, frena el radicalismo anterior para imponer nuevamente un régimen autocrático. La imagen conservadora de Napoleón se quiebra con su política de expansión europea y con la ideología de las nacientes burguesías. El pueblo español tacha de invasores tanto al ejército francés como a las ideas que representaban. El resultado fue que el racionalismo

filosófico y el constitucionalismo se aliaron con el invasor francés. De ahí que el pueblo rechazara la Carta Otorgada de 1808 y la Constitución de 1812 –por creer que era la continuación del absolutismo real de Fernando VII–.

2. La ausencia de una revolución burguesa: esta ausencia justifica y explica la inestabilidad constitucional y política en España. A esta ausencia se añaden el Renacimiento español (fenómeno confuso y tardío) y la Reforma –cuyo reflejo fue la Contrarreforma–. El liberalismo, base ideológica del constitucionalismo, fue creado para proteger las necesidades de la burguesía naciente, la cual, surge como consecuencia de la Revolución Industrial. Estos factores originaron la Revolución Francesa de 1789 y la consolidación del constitucionalismo. En España, no ha habido tal consolidación, lo que no significa que la situación económica, al finalizar el siglo XVIII, fuese diferente a la de otros países europeos. El retroceso económico se inicia con las guerras napoleónicas, acentuándose a lo largo del siglo XIX. La invasión napoleónica causó la destrucción y la paralización de la economía española durante los años que duró la guerra. Asimismo, desencadenó el derrumbamiento del Antiguo Régimen y la pérdida del imperio colonial español. Estas circunstancias impidieron un despegue capitalista autónomo. Además, la desastrosa política agraria de Mendizábal fortaleció las estructuras arcaicas, caracterizando al país en un contexto de refeudalización tardía. Además, la desamortización de los bienes eclesiásticos, fortaleció a su vez, los intereses tradicionales de la aristocracia agraria.

Así las cosas, los intentos de sentar las bases del desarrollo industrial se estrellaron contra los intereses de la aristocracia terrateniente, fuertemente apoyada por la Iglesia reaccionaria. De ahí que la burguesía en esta época sea un grupo minoritario pues sin capitalismo económico, no es posible una burguesía liberal. En España, existía un liberalismo débil puesto que no le apoyaba un grupo sociológico fuerte. Había un liberalismo y democratismo antes de existir una burguesía consolidada, por lo que no es posible hablar de verdaderas clases medias durante el siglo XIX. No se produjo el afianzamiento de una clase burguesa fuerte, factor que hubiese permitido, a pesar de una posible inestabilidad constitucional, cierta estabilidad política, como ocurrió en Francia. Para España, según JIMÉNEZ BLANCO, desde 1808, los desajustes entre ideologías y estructura social constituyen el problema político básico, ya que sin algún grado de coherencia entre ambos, difícilmente puede el país alcanzar una Constitución política viable.

3. Un país desarticulado y sin Estado: para HEGEL, la finalidad de la Constitución radica en desarrollar el concepto de Estado. Si no existiese un Estado fuerte no hay posibilidad de que la Constitución desarrollase su organización. El Estado debe ser previo al concepto formal de Constitución. Sin un Estado fuerte no puede haber estabilidad constitucional y política.

España no ha contado durante el siglo XIX con un Estado fuerte. Así, la causa del fracaso de los gobiernos constitucionales se debe a la incapacidad o impotencia del país para establecer una verdadera administración o un Estado moderno. Las diferencias entre Francia y España se reflejan principalmente en que, en el primer país, la fuerza se hallaba en el Estado y en el segundo, en la sociedad. Allí, la administración es lo principal, aquí, lo accesorio. Esta situación provocará la sucesión interrumpida de Constituciones, pronunciamientos, regímenes y gobiernos a lo largo de siglo y medio.

El Estado moderno se caracteriza por la existencia de una clara diferenciación entre el poder social, que detenta la oligarquía dominante en la sociedad, y el desempeño del poder de gobierno, que está en manos de una clase política profesionalizada. Esta característica no se dio en España, pues administración y oligarquía, no estaban diferenciadas. Cuando surge en España la burguesía, germen de la clase política profesionalizada, en lugar de desalojar del poder a la aristocracia terrateniente, clase dominante, se aliará con ella, invalidando al Estado tanto en el cometido de llevar a cabo una necesaria reforma agraria, como en el de poner en práctica una política económica que favoreciera la industrialización. Se trataba de un Estado patrimonial donde el país no era un fin en sí mismo, sino un medio para beneficiar a un grupo. El resultado será la existencia del predominio de los intereses locales sobre los nacionales; esto es, la implantación y estabilidad del caciquismo como forma de organización política. Así, el Estado estaba debilitado por la fuerte tradición regionalista del

país. La lucha entre los privilegios locales y la formación de un sentimiento nacional sólido, necesario para la existencia de un Estado y de un régimen político estables, marcarán el proceso constitucional. Esta peculiaridad ha sido la causa de innumerables revueltas que revelaban la falta de uniformidad en el desarrollo del país y que ponían de manifiesto la ausencia de un sentimiento nacional, indispensable para crear tanto una política nacional única como una administración responsable.

El Derecho es el lenguaje del poder y éste, en el proceso de creación del Estado moderno, adopta la forma del Derecho civil, condición necesaria para la centralización y la construcción de un Estado fuerte. En el caso español, esta evolución no fue posible debido principalmente a la supervivencia de ciertos Derechos forales. De ahí que el sistema jurídico no estuviese suficientemente unificado, con lo que la acción del Estado perdía fuerza.

La lucha entre la tendencia liberal, orientada a crear un Estado nacional fuerte, y la carlista, defensora de un poder real sin limitación que respetara las peculiaridades locales, originará tanto las guerras civiles del siglo XIX como la imposibilidad de crear un pacto constitucional estable. En esta contienda se situará del lado reaccionario y en contra de la solidez del Estado, la Iglesia.

La evolución histórica indica que el Estado ha sido considerado desde tres ópticas diferentes que demuestran la inexistencia en España de un concepto neutro del Estado, considerando éste como un órgano impulsor de toda la sociedad:

A. Las clases conservadoras utilizaban el Estado para defender sus intereses particulares.

B. Los liberales españoles deseaban hacer la revolución más bien desde arriba, sin la intervención del pueblo. De ahí que todos los intentos revolucionarios liberales en España tengan la finalidad de apoderarse del aparato estatal a fin de gobernar a golpe de decretos. Esto explica que aquí las revueltas por la conquista del poder fueran meros pronunciamientos.

C. La existencia de dos corrientes ideológicas que constituyen un fuerte factor de oposición:

– La corriente krausista, partidaria de limitar al máximo la acción y el poder del Estado, porque se trata de un mal, aunque necesario.

– El anarco-sindicalismo sostenía que el Estado era el enemigo que había que suprimir a cualquier precio.

La conclusión que se desprende es que la estabilidad constitucional era imposible en un país en donde el Estado casi ni existía, en donde no había una clase media fuerte y en donde los enfrentamientos entre compatriotas han dado lugar a varias guerras civiles, a numerosos pronunciamientos militares, a dos cambios de forma de Gobierno, a dos cambios de dinastía monárquica, a dos Dictaduras institucionales, etc.

3. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: RASGOS INTERNOS Y RASGOS EXTERNOS.

En el estudio del constitucionalismo español se deduce un conjunto de constantes que aparecen en todo el proceso y que, se clasifican en dos grupos:

A. Rasgos internos: se refieren directamente al contenido de nuestras Constituciones. Éstos son:

A.1 La falta de originalidad de los textos constitucionales: en España no ha habido una diversidad de modelos de regímenes constitucionales. Nuestra variedad se distingue por la total negación de originalidad y por la excesiva carga ideológica de muchos artículos. Existen elementos que explican la ausencia de dicha originalidad:

1) En la mayoría de las Constituciones, se dejan sentir algunas notas extranjeras en la concepción y espíritu del texto. El genio español suele modelarse sobre el talento francés en materia de organización y administración, pero también se puede ver la influencia de otros países:

- Constitución de Cádiz (1812): la influencia viene de la Constitución francesa de 1791 y de la americana de 1787. Esta Constitución tuvo gran resonancia en Europa y América Latina, pudiéndose ver su repercusión en otros textos constitucionales extranjeros.
- Estatuto Real (1934): aunque no sea propiamente una Constitución, está influido por la Carta Francesa de 1830, por el pseudo constitucionalismo alemán de la época y por las doctrinas de Bentham.
- Constitución de 1837: influyen en ella la Constitución francesa de 1830 y la Constitución belga de 1831.
- Constitución de 1845: elimina la naturaleza progresista de la anterior.
- Constitución de 1869: en ella se observa la influencia de la Constitución belga de 1831 y de la Constitución americana.
- Constitución de 1876: influida por la británica.
- Constitución de 1931: influida por la mejicana de 1917, por la alemana de 1919 y por la austriaca de 1920.
- Las Leyes Fundamentales del Régimen Franquista: al estar escalonadas en el tiempo, no gozan de una homogeneidad de influencias, pero también poseen conceptos y elementos de procedencia extranjera: de la Constitución portuguesa de 1833, la Democracia orgánica, de la italiana y la alemana fascistas, el Consejo Nacional del Movimiento, los sindicatos y, de la Constitución francesa de 1958, las situaciones de excepción.

2) Existe una fuerte dependencia de cada Constitución respecto de sus antecesoras: la mayor parte de los artículos son ordinariamente idénticos en el fondo y en la forma, diferenciándose sólo en unas cuantas proposiciones y principios –en este sentido, hay que afirmar la importancia decisiva de la Constitución de Cádiz en la evolución del constitucionalismo español posterior–. Una de las facetas que señalan la dependencia de cada Constitución respecto de las anteriores es la que se refiere a la búsqueda de lo autóctono, en muchas ocasiones precisamente para ocultar los rasgos de procedencia extranjera.

De todas formas, hay que reconocer cierta originalidad en nuestro constitucionalismo: la frecuente confusión, tergiversación y hasta el mal uso de conceptos constitucionales clásicos. Hay dos razones que explican este fenómeno:

- La falta de cultura de nuestra clase política.
- La ausencia de estudios serios y de una dogmática jurídica desarrollada.

La consecuencia es que en nuestras Constituciones se encuentran conceptos difusos, equívocos o claramente erróneos.

A.2 El excesivo valor ideológico de las Constituciones: cada texto fundamental español está vinculado estrechamente a una ideología concreta. A lo largo del siglo XIX, las Constituciones van a ser de partidos o fracciones. La razón se debe a que los partidos comportaban diferencias tanto con relación a las metas de gobierno como a las materias estrictamente constitucionales. La consecuencia es que al cambiar el poder de manos de un partido a otro, una de las primeras cuestiones que había que modificar era el contenido ideológico que el partido anterior había conferido a la Constitución. En lugar de modificar los artículos afectados por el cambio de ideología, se prefería cambiar la Constitución entera. Se pone de manifiesto así la

ausencia de una tradición de pacto en España y la inexistencia de un concepto válido de lo que debe entenderse por Constitución en el sentido liberal clásico. Las Constituciones enuncian propósitos e ideales que no sirven para regular el juego político real y su valor normativo es prácticamente nulo. Ni la Constitución aparecía como el pacto social y político que se da a una sociedad, ni tampoco llegaba a ser considerada como la primera de las normas que componía el ordenamiento jurídico.

Las discrepancias ideológicas se producen principalmente en las siguientes materias:

- 1) El tema de la soberanía: los partidos progresistas reivindicarán la soberanía para la nación, plasmándose en las Constituciones de 1812, 1837, 1869, 1931 y 1978. Los partidos conservadores son afines a la concepción de soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, idea que se muestra en el Estatuto Real de 1834, las Constituciones de 1845, 1876 y en parte, en las Leyes Fundamentales Franquistas. Hay cinco Constituciones a favor de la soberanía nacional y cuatro que optan por la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, por lo que la soberanía constitucional se convierte en un principio de legitimidad constitucional.
- 2) La separación de poderes: introducida por la Constitución de 1812, será materia de cambio según sean las Constituciones. Las conservadoras no recogerán este principio, por el contrario, sí lo harán las progresistas.
- 3) Los derechos humanos y la libertad de imprenta y religión.
- 4) El sufragio: las Constituciones progresistas tratan de imponer el sufragio universal, o lo que se entiende en cada momento por tal. Las conservadoras establecerán el sufragio censatario.
- 5) La Jefatura del Estado: sólo logra plantearse con éxito en 1873 y 1931, como consecuencia del fracaso de la Monarquía y no como logro republicano. A partir de entonces, la reivindicación de la soberanía nacional llevará aparejada la forma republicana de gobierno.
- 6) El problema de la forma de Estado: se debe al fuerte raigambre regionalista en el país. Unas Constituciones pretendían adoptar un Estado federal y otras, un Estado integral o regional –como las Constituciones de 1931 y 1978–.
- 7) Las Cámaras: unas optan por un bicameralismo y otras, por un régimen unicameral.

Este marcado sentido ideológico de las Constituciones se debe principalmente a dos causas:

- La falta de una Revolución burguesa: lo que ha impedido la supremacía de esta clase sobre las clases predominantes tradicionales, las cuales, siempre han frenado la modernización política.
- La falta de flexibilidad, la carencia de sentido histórico y el afán de protagonismo que ha tenido siempre la Corona española.

B. Rasgos externos: se deducen de la relación de cada uno de los textos constitucionales con su entorno –contexto sociológico–.

B.1 La falta de arraigo de las Constituciones y su exigencia taumatúrgica: la falta de arraigo explica la sucesión continua de textos fundamentales y la conflictividad de nuestra vida política durante los siglos XIX y XX. La lealtad de los españoles hacia los regímenes políticos, ha brillado por su ausencia, incluso, entre los pertenecientes a la propia ideología de la Constitución respectiva. Las causas de esta falta de arraigo son:

- 1) Las Constituciones no contaban con un apoyo sociológico fuerte por parte de las clases medias y trabajadoras: la clase media se caracterizaba por estar excluida de los centros de decisión del poder. La clase trabajadora quedaba directamente marginada. Pero estas clases populares estaban amenazadoramente ahí y,

para que no pudieran acceder al ámbito constitucional, se utilizaron diferentes medios:

- Se trató de mantener durante el mayor tiempo posible el sufragio censitario, el cual, bloqueaba el derecho al voto de los ciudadanos que no poseyeran un determinado nivel de renta –la mayoría del país–.
- El falseamiento electoral y el control del voto popular a través del caciquismo.

2) Tanto el pueblo español como la clase política han conferido siempre a la Constitución una facultad taumatúrgica: en el origen de esta faceta se encuentran un bajo nivel cultural, una tendencia a lo milagroso, a lo irracional y a lo taumatúrgico, como consecuencia de un catolicismo mal entendido, monopolístico y extremadamente litúrgico.

B.2 El proceso político transcurre fuera de la Constitución y su valor jurídico es prácticamente nulo:

1) El juego político transcurre al margen de la Constitución y, en consecuencia, la sucesión de Constituciones no se hace de acuerdo con los procedimientos de reforma normal, sino que se lleva a cabo mediante una auténtica ignorancia del proceso de reforma constitucional. Hay Constituciones que no tuvieron ni siquiera una mínima aplicación como la Carta de Bayona de 1808. Otras, no llegaron a ser promulgadas, como la de 1856 o la de 1873. La mayoría, fueron promulgadas, pero, de ahí a tener una auténtica aplicación, dista un abismo.

Incluso en las épocas de aplicación limitada de las Constituciones, ni siquiera eran aplicadas en todo el territorio nacional. En el siglo XIX, la Constitución solamente era respetada en las grandes ciudades: Madrid, Barcelona, Cádiz, Valencia y La Coruña, aunque de éstas, exceptuando Madrid, se excluyen algunas, porque las garantías constitucionales casi siempre estaban suspendidas por los capitanes generales.

La sucesión de las diversas constituciones se lleva a cabo mediante la ruptura. Esto es: los cambios de Constituciones se han realizado generalmente fuera de los procedimientos y de las condiciones previstas para la realización de tales cambios o ignorando el sistema de la revisión constitucional. El origen de esta característica hay que buscarlo en el carácter ideológico de nuestras Constituciones, así como en el carácter militar de los actos que determinan los cambios políticos. Estas circunstancias confirman la falta de un consenso mínimo en nuestra vida política regida por el constitucionalismo.

2) El valor jurídico de nuestras Constituciones ha sido nulo: hasta la actual, en España, la Norma Fundamental no ha sido nunca derecho positivo. Para entender mejor esta cuestión, hay que distinguir entre Constituciones Monárquicas y Republicanas:

- Constituciones Monárquicas: siguiendo el modelo francés, aparecen como normas tendentes a exponer la organización de los poderes públicos y orientadas según una determinada tendencia ideológica. Por consiguiente, no tenían ninguna vinculación jurídica inmediata, salvo que sus artículos fueran desarrollados mediante ley. Es decir, durante su vigencia regía exclusivamente el principio de legalidad.

- Constituciones Republicanas: siguieron el modelo americano de supremacía jurídica de la Constitución. El Tribunal Supremo podía suspender los efectos de una ley contraria a la Constitución y controlaba la constitucionalidad de las leyes. El principio de constitucionalidad pretendía desplazar al de legalidad.

En consecuencia, la tradición de las Constituciones españolas, no se ha basado en la consideración de que fuesen una norma jurídica, puesto que el Tribunal Supremo no admitía que se invocase un precepto constitucional como norma directamente aplicable por el juez y formuló la tesis de que la Constitución únicamente contenía normas programáticas, que correspondía desarrollar al legislador en mayor o menor medida, o incluso, no desarrollar. La Constitución de 1978 cambiará radicalmente esta insuficiencia jurídica de la Norma Fundamental en nuestro país.

4. LOS SUSTRATOS DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.

Para concretar los sustratos en los que se fundamenta el constitucionalismo español hay que acudir a los conceptos que definen la historia de España como nación, ya que explican tanto el movimiento constitucional como la orientación de la vida política española:

- Monarquía tradicional versus Monarquía Nacional.
- Centralismo versus regionalismo.

A. La Monarquía: las diversas Constituciones la han entendido de dos formas:

A.1 Monarquía Nacional: la Monarquía está al servicio de la nación. Las Constituciones de 1812, 1837 y 1869 afirmaban que el mantenimiento de la Monarquía sólo se justificaba:

- Si la Corona compartía la soberanía con la nación.
- Si se establecían mecanismos para impedir una posible actuación inconstitucional por parte de la Corona.
- Si se reconocía la división de poderes y derechos y libertades que limitasen el poder de la Corona.

Cuando la Monarquía Nacional no pudo satisfacer los deseos democráticos del pueblo, surgió la forma republicana de gobierno, primero con el Proyecto de Constitución de 1873 de la Primera República y luego con la Constitución de 1931 con la Segunda República.

A.2 Monarquía Tradicional: la nación (conjunto de súbditos pasivos) depende de ella. Las Constituciones de 1834, 1845 y 1876, junto con las Leyes Fundamentales Franquistas, aunque éstas con matices, entendían que el Rey era el centro del poder del Estado, de que no debía haber ninguna división de poderes y de que los límites al poder que representaban los derechos y libertades debían ser lo más restrictivos posible siempre que se reconociesen mediante su desarrollo legislativo. Pero la Monarquía absoluta sin apoyo constitucional era imposible a comienzos del siglo XIX.

Cuando la Monarquía Tradicional no era suficiente para garantizar la posición hegemónica de las clases dominantes, se recurrió a la Dictadura, primero en 1923 con el General Primo de Rivera y luego, con el General Franco.

Ninguna de las dos concepciones de Monarquía se impuso de forma estable debido principalmente a dos factores:

1) Factor que explica la debilidad de la tendencia de la Monarquía nacionalizada o de su sustituta, la República: este factor se explica por la ausencia de una revolución burguesa en España. El atraso industrial del país originó la ausencia de una fuerte clase burguesa que impusiese los valores clásicos de la misma. Las clases medias en España durante todo el siglo XIX y parte del XX no tuvieron la solidez para consolidar el régimen democrático-liberal. Las clases aristocráticas y oligárquicas, junto a la marginación de las clases populares de la vida política, comportaron la dialéctica continua entre tradición y progreso que es característica de nuestra época constitucional.

2) Factor que aclara la fortaleza de la corriente de la Monarquía Tradicional: este factor se ve apoyado por el enorme poder de la Iglesia y la religión católica. A esto se añade la Contrarreforma, la cual, descansaba en el triple matrimonio Rey-Iglesia-Estado y que ha estado vigente en España durante todo el siglo XIX y parte del XX.

B. El regionalismo: se halla en la base de la construcción de España como Estado moderno. Aunque nuestro

país se anticipa a otros países europeos en la obtención de su unidad política, se trataba de una entidad nacional basada en la existencia de pueblos diferenciados por sus peculiaridades históricas, geográficas, culturales y lingüísticas. La unidad no significaba homogeneidad y así, desde el siglo XV hasta el XVIII se mantuvo el reconocimiento de los hechos regionales. Con la llegada de los Borbones con Felipe V, desaparece este reconocimiento de algunas regiones o subregiones.

Las ideas revolucionarias francesas y el jacobinismo influyeron en los constituyentes de 1812, pues éstos, adoptaron unos criterios de unificación territorial y administrativa basados en la existencia de una ley única para un solo Estado, infravalorando el régimen foral que existía desde el Antiguo Régimen en algunos territorios.

A partir, sobre todo, de la división provincial de Javier de Burgos en 1833 hasta el estallido republicano y federal de 1873, las diferentes Constituciones ignorarán el hecho regional, aunque éste no desapareciera –como lo demuestran las Guerras Carlistas, pues éstas, estaban motivadas por el reconocimiento de las peculiaridades regionales–. El primer intento de resolver constitucionalmente el problema regional se encuentra en la Constitución de 1876 que, paradójicamente, vuelve a ignorarlo. Durante la vigencia de esta norma, se produjeron multitud de reivindicaciones regionales, especialmente en Cataluña y el País Vasco. El intento de solución de estos conflictos aparece con la Constitución de 1931, pues afirmaba la concesión de una autonomía político-administrativa a las regiones que voluntariamente la solicitaran. Pero este intento fracasa. Por su parte, Franco rechazará todo reconocimiento regional, reimplantando el Estado unitario y haciéndolo rígidamente centralista.

5. LAS DIVERSAS FASES CONSTITUCIONALES.

El mito de las dos Españas cobra una especial connotación en el ámbito constitucional, pues explica las fases constitucionales que ha experimentado el país –exceptuando la tercera de éstas–. Las fases son las siguientes:

A. Fase de iniciación constitucional: dejando de lado la inaplicada Constitución de Bayona, la Constitución de 1812 inicia el constitucionalismo español. En el contexto de su época, aparece como un avance progresista esencial para la modernización de la vida política española. Esta Constitución supone el nacimiento del liberalismo español influyendo en Europa y América Latina. Aunque aparezcan en ella claras reminiscencias del Antiguo Régimen, dará acogida a conceptos e instituciones revolucionarios para su época.

En esta fase aparecen:

A.1 La Constitución de Cádiz: reconoce el principio de la soberanía nacional, apareciendo la nación como órgano distinto y superior a los ciudadanos que la integran y origen de todo el poder del Estado. La Constitución reconoce igualmente, el principio de división de poderes:

1) El poder ejecutivo está compartido entre el Rey y sus ministros, iniciándose dos técnicas que matizaban el poder del Monarca:

– La necesidad del refrendo para ciertos actos del Rey, lo que derivaba en el traspaso de la responsabilidad real a los ministros.

– La exigencia de una cierta responsabilidad política de estos ministros ante las Cortes. ART. 131.25:

Artículo 131.25. *Las facultades de la Corona son: ... hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del Despacho y demás empleados públicos.*

2) El poder legislativo se encomendaba a las Cortes, que pasaban a ser el órgano de la soberanía nacional y que, aparte de poseer la función de crear leyes, disponían también de la función de orden económico y

financiero, de administración y fomento y de orden político y constitucional.

3) La Constitución reconocía como tercer poder a los órganos judiciales encargados de dirimir los conflictos y de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales.

Aparte del reconocimiento disperso de ciertos derechos y libertades, la Constitución de 1812 introdujo una concepción revolucionaria al adoptar el principio representativo que rompía con la vieja idea estamental del mandato imperativo. Los diputados a Cortes, que representaban a la Nación, son elegidos por sufragio universal de la época –restringido y masculino–.

A.2 El Estatuto Real de 1834: la Constitución de 1812 no fue fácilmente aceptada por Fernando VII, pues sus poderes estaban tajantemente recortados, por las clases reaccionarias que poseían el poder tradicional y por el pueblo que continuaba alienado en sus tradiciones. La consecuencia fue que desde 1812 a 1837 la Constitución estuvo vigente apenas seis años no sucesivos. En los intervalos de su vigencia se recurrió primero a la restauración del Absolutismo y, después de la muerte de Fernando VII, a un recurso pseudoconstitucional que se concretaría en el Estatuto Real de 1834. El turno entre las dos Españas se inicia en el campo constitucional mediante la abolición de la Constitución vigente para sustituirla por otra de signo ideológico opuesto. Las Constituciones en España no serán el resultado de un pacto entre las diversas fuerzas sociales y políticas, sino la imposición partidista de una fracción de la clase dominante sobre las otras.

El Estatuto Real surge como convocatoria de nuevas Cortes y en forma de Carta Otorgada, contraponiéndose a la Constitución de 1812. El Estatuto se dedica a perfilar un régimen pseudo parlamentario formado por dos Cámaras:

1) El Estamento de Próceres: elegidos por el Rey entre la aristocracia de sangre y de la Iglesia y altos dignatarios del Estado.

2) El Estamento de Procuradores: elegidos mediante sufragio censitario que, abarcaba a un 0'5% de la población.

Ambas Cámaras que introducen el bicameralismo en España, no se configuran como un auténtico poder legislativo, sino que aparecen como órganos de colaboración con el Rey en la tarea de crear leyes. Por su parte, el Estatuto no reconoce la soberanía nacional y no regula los derechos y libertades.

B. Fase de reafirmación constitucional: como consecuencia del Motín de los Sargentos de La Granja, que reivindicaban la vuelta al régimen constitucional de Cádiz, la Regente María Cristina de Borbón no tuvo más remedio que restaurar la norma de 1812, en espera de que reunida la nación en Cortes, manifestase su voluntad. Después de unas elecciones a Cortes Constituyentes, se decidió llevar a cabo la redacción de una nueva Constitución, influida por la de Cádiz, pero dotada de propia entidad y que tenía como fundamento dar la réplica a las insuficiencias constitucionales del Estatuto de 1834.

B.1 La Constitución de 1837: se vuelve al reconocimiento de la soberanía nacional, que ahora se proclama en el mismo Preámbulo, al principio de una cierta separación o colaboración de poderes y a la exposición de ciertos derechos y libertades propios de la época. Pero este texto adoptaba algunas diferencias fundamentales, respecto a la Norma de 1812:

1) Adopción del bicameralismo.

2) El reconocimiento del poder de disolución de las Cortes por el Rey.

3) El fortalecimiento de las facultades del Monarca.

Se trataba de una Constitución progresista que matizaba la radical división de poderes del texto de Cádiz y que se remitía a leyes complementarias para su desarrollo.

B.2 La Constitución de 1845: cambia la relación de fuerzas tras el pronunciamiento del General Narváez, pues los militares conservadores deciden cambiar el texto progresista de 1837, a fin de dar la réplica ideológica correspondiente en el terreno constitucional. Se redacta un nuevo texto que parece seguir casi al pie de la letra lo expuesto en el de 1837. Sin embargo, los puntos de identidad progresista de aquél se sustituyen por otros de signo conservador:

- 1) Desaparece la soberanía nacional, para dejar paso a la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes.
- 2) Se fortalece la religión católica y se define como oficial.
- 3) Se recortan algunos derechos o libertades, incluyendo al más peligroso: la libertad de imprenta.
- 4) Se retorna a un Senado conservador, que vuelve a ser nombrado por el Rey.
- 5) Se restringe el derecho de sufragio.
- 6) Se reducen las competencias de los Ayuntamientos, etc.

Esta nueva Constitución tampoco tuvo mucha vigencia e incluso, conoció alguna reforma, que daría paso a una nueva Constitución no nata en 1856. La inestabilidad constitucional de este período desembocaría en una inestabilidad política que acabó comportando una fase revolucionaria.

C. Fase revolucionaria: la esterilidad de una regulación constitucional cambiante y en la que predominaban los períodos reaccionarios, supuso el surgimiento de levantamientos populares que exigían una democratización real de la vida política. Se obligó a que Isabel II abdicase y abandonara el país, iniciándose un período revolucionario. Aparece el texto progresista de 1869 y se asiste al nacimiento del régimen republicano.

C.1 La Constitución de 1869: esta norma, aun manteniendo el esqueleto institucional del modelo de 1837, se radicaliza en sus señas de identidad y por encima de reconocer la soberanía nacional, aumenta considerablemente el catálogo de derechos y libertades fundamentales, amplía el sufragio universal, restringe los poderes del Rey, fortalece el papel del Consejo de Ministros y regula la responsabilidad política del Gobierno ante las Cortes.

Sin embargo, esta Constitución, que configura una Monarquía parlamentaria de carácter progresista, se aprobó sin que hubiera un Rey. La búsqueda de un candidato al trono desembocó en el nombramiento de Amadeo de Saboya, el cual, acabaría abdicando poco tiempo después, tras el asesinato del General Prim, fracasando así la primera experiencia de una Monarquía parlamentaria en España.

C.2 El Proyecto de Constitución de la Primera República: la llegada de la Primera República y la quiebra, en su versión nacionalizada de la Monarquía en España, fue más bien obra de la casualidad que del empuje de las masas. Se puede afirmar así que la decisión a favor de la República se adoptó en el país casi sin la intervención de los republicanos. La República aparece como la vía más adecuada para resolver el problema regional que la Monarquía no había querido reconocer. Sin embargo, la situación social y política es confusa desde el primer momento: surge con fuerza el movimiento obrero, estalla la guerra colonial, se expanden las ideas anarquistas y comienza a extenderse el movimiento cantonalista, todo ello bajo la sombra de la última guerra carlista.

Cuando se reúne la Asamblea Constituyente de Julio de 1873, Valencia, Murcia, Cartagena, Córdoba, Jerez, Sevilla, Granada y Alcoy, habían proclamado ya su voluntad de ser soberanas.

La Asamblea elabora un Proyecto de Constitución en el que se define a España como República Federal, integrada por diecisiete Estados que se daban su propia Constitución y que poseían órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de acuerdo con un sistema de división de competencias entre la Federación y los Estados miembros. Se reconoce la soberanía popular, se amplían los derechos y libertades fundamentales y se marca el acento en la figura del Presidente de la República, que posee un poder diferente, esto es, el poder relacional, destinado a buscar el buen funcionamiento entre los distintos órganos del Estado. Aunque no tuvo vigencia, resalta su significado, pues es el de intentar por primera vez en España, la solución constitucional del problema regional, rompiendo con el tradicional centralismo –que no había logrado superar las aspiraciones de los diversos pueblos del país–.

D. Fase de las dos restauraciones: comienza un nuevo ciclo, en el que se va a producir sucesivamente la restauración de la Monarquía primero y, tras el fracaso de ésta, que permitió la Dictadura de Primo de Rivera, la restauración, nuevamente, de la República. Después de la disolución de las Cortes por el General Pavía en 1874, se proclama la Monarquía, adoptándose una Constitución conservadora.

D.1 La Constitución de 1876: este texto, vigente hasta 1923, vuelve a adoptar la soberanía del Rey con las Cortes. Se reconocen los derechos fundamentales, pero desarrollados por el Gobierno, mientras que el sufragio sigue siendo censitario. Se proclama la confesionalidad del Estado, atenuándola con una restringida libertad de culto. Se vuelve a una concepción conservadora del Senado, cuyos miembros son nombrados por el Rey, el cual, ve aumentar sus poderes con respecto a la anterior Constitución monárquica. Aunque se reconoce también la figura del Presidente del Consejo de Ministros, que llevará aparentemente la dirección de una práctica parlamentaria, el Rey mantendrá un papel determinante en las facultades del ejecutivo. El juego político se basará en el sistema de turnos entre los dos partidos predominantes: el conservador de Cánovas y el progresista de Sagasta, que se apoyarán en un sistema electoral de carácter caciquil.

Este sistema funcionó hasta los primeros años del siglo XX, pues, a pesar de algunas reformas importantes en el sistema electoral, no será capaz de digerir en su dinámica, los graves problemas con que se enfrenta el país: guerras de Cuba, Filipinas y Marruecos, intensificación del movimiento obrero y campesino, movimientos regionales, rechazo del sistema por la clase intelectual, etc.

La cuestión es que la Restauración no logró resolver los problemas del constitucionalismo español: la nacionalización de la Monarquía y la estructura regional del Estado. El último intento para superar la crisis de la Monarquía Tradicional, será la Dictadura de Primo de Rivera, quien redacta en 1929 un Anteproyecto de Constitución que no llegará a ser aprobado, pero que tendrá cierta influencia en las Leyes Fundamentales del Franquismo. Este intento autoritario de Alfonso XIII por salvar su régimen, jugará más bien el papel de verdugo que el de salvador. Durante ese período que llega hasta 1930, se suspendió el juego constitucional vigente y se intenta configurar una concepción del Estado de corte corporativo. Pero era inútil, pues, unas elecciones municipales, celebradas el 14 de Abril de 1931, demostrarían la fuerza de los republicanos en las grandes ciudades del país. Ante tales resultados, Alfonso XII renuncia al trono, abandonando España y proclamándose la Segunda República.

D.2 La Segunda República: la Constitución de 1931 intenta dar respuesta a dos problemas tradicionales:

1) La forma de Gobierno y la estructura de los poderes.

2) La vertebración regional del país.

El texto se presenta como una Norma Fundamental de cierta originalidad que tendrá influencia en algunas Constituciones europeas y en la Constitución actual, de 1978. La Constitución define el Estado como un Estado integral, entre el Estado unitario y el Estado federal, base de lo que la doctrina italiana llamará Estado regional, y, reconoce la autonomía político-administrativa de aquellas regiones que la soliciten.

La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce directa o indirectamente. Los derechos fundamentales son objeto de especial atención. El poder ejecutivo se comparte entre el Presidente de la República y el Presidente del Gobierno, respondiendo políticamente este último ante las Cortes y también, de forma implícita, ante el primero. El poder legislativo reside en las Cortes que, configuran una sola Cámara. Se crea un Tribunal de Garantías Constitucionales, encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes, de resolver los contenciosos entre el poder central y las regiones autónomas y de garantizar los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo.

El régimen de la Segunda República conoció numerosos conflictos sociales y políticos, que desembocarían en el levantamiento militar que dio origen a la Guerra Civil, donde se traspasa al campo de batalla, la lucha de las dos concepciones políticas de las dos Españas. En cualquier caso, el contexto social, político, económico e internacional no favorecieron el experimento republicano que, en el terreno regional, reconocía las aspiraciones de autonomía de Cataluña, El País Vasco y Galicia.

La Constitución de 1931 se muestra así como una de las causas directas de la accidentada vida política de la Segunda República y de su fatal desenlace en una Guerra Civil. Por tanto, podemos establecer los errores de esta Constitución:

1) El resultado de las elecciones del 28 de Julio de 1931, merced a un sistema electoral técnicamente defectuoso, favoreció la victoria de una mayoría de izquierdas que no era el reflejo exacto de una sociedad todavía no modernizada, circunstancia que significó que la Constitución no fuese un pacto entre todos los grupos políticos, sino una imposición de los ganadores sobre los perdedores. De tal modo que, el tratamiento absurdo que varios artículos de la Norma Fundamental (26–28) hacían a la cuestión religiosa, conllevó a que la derecha católica no la aceptase desde el mismo momento de su aprobación.

Artículo 26. *Todas las confesiones serán consideradas como Asociaciones sometidas a una ley especial.*

El Estado, las regiones, las provincias y los municipios, no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, Asociaciones e Instituciones religiosas.

Una ley especial regulará la total extinción, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del clero.

Quedan disueltas aquellas ordenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado, sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.

Las demás ordenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes Constituyentes y ajustadas a las siguientes bases:

1ª. Disolución de las que, por sus actividades, constituyen un peligro para la seguridad del Estado.

2ª. Inscripción de las que deban subsistir, en un Registro especial dependiente del Ministerio de Justicia.

3ª. Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos.

4ª. Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza.

5ª. Sumisión de todas las leyes tributarias del país.

6ª. Obligación de rendir anualmente cuentas al estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la Asociación.

Artículo 27. *La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública.*

Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos.

Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizados por el Gobierno.

Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento del Presidente de la República y para ser Presidente del Consejo de Ministros.

Artículo 28. *Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por Juez competente y conforme a los trámites legales.*

2) Los constituyentes quisieron crear un sistema entre el presidencialismo y el parlamentarismo, que estaba destinado al fracaso y al conflicto permanente, como ocurrió. El Presidente de la República gozaba de la competencia, según el artículo 75, de nombrar y separar libremente al Presidente del Gobierno y a sus ministros, sin estar obligado a respetar las mayorías parlamentarias, lo que comportó una política aberrante del Presidente Alcalá- Zamora durante su mandato.

Artículo 75. *El Presidente de la República nombrará y separará libremente al Presidente del Gobierno y, a propuesta de éste, a los Ministros. Habrá de separarlos necesariamente en el caso de que las Cortes les negasen de modo explícito su confianza.*

3) Crear un régimen parlamentario unicameral, pues la Segunda Cámara hubiera aminorado los excesos demagógicos de la Primera y hubiera sido un elemento decisivo en la integración de las Regiones Autónomas que se podían crear.

4) El intento de resolver la cuestión regional fue un fracaso, ya que la aceptación de un sistema basado en el principio dispositivo, sin señalar cuáles eran las Regiones Autónomas, sin integrarlas en esa Segunda Cámara necesaria y sin establecer con claridad el reparto de competencias entre aquellas y el Estado central, estaba destinado a fracasar y a servir de pauta en el sistema adoptado en el Título VIII de la Constitución de 1978.

5) La creación de un órgano destinado a controlar la constitucionalidad de las leyes y a cumplir otras funciones esenciales, no fue acertada en lo que respecta a su composición. Era un Tribunal demasiado numeroso y la forma de su elección, le condenaba a su politización y a su inoperancia. La Constitución republicana se caracterizaba por una excesiva politización y una imperfección técnica.

Además, hay que añadir la total ausencia de lealtad constitucional de unos y otros, en un período histórico internacional que no favorecía los experimentos jurídico-constitucionales.

E. Fase del Estado autoritario y de la reinstauración monárquica: el resultado de la Guerra Civil dio la victoria al sector nacionalista encabezado por el General Franco, el cual contó con el apoyo abierto de las potencias fascistas europeas y de algunas democráticas. Franco, respaldado por un partido único, resultado de la fusión entre la Falange Española y el Tradicionalismo, sentó las bases para construir un Estado semejante al de Alemania e Italia de la época. Los plenos poderes que le confirieron las Leyes de 1938 y 1939, le convirtieron en el Jefe del Estado, del Gobierno, del Partido Único y de las Fuerzas Armadas, como la alternativa a la fórmula de la Monarquía Tradicional que no bastaba ya a las clases dominantes para mantener su poder.

E.1 Régimen del General Franco: se promulgaron siete Leyes Fundamentales, que se inician con el Fuero del Trabajo de 1938 y acaban con la Ley Orgánica del Estado de 1967, fecha en la que el régimen comienza a funcionar institucionalmente como un conjunto coherente. Tal circunstancia invalida la estabilidad constitucional.

Durante ese período, al margen de las siete Leyes Fundamentales, estuvo siempre vigente otra Constitución: las citadas Leyes de 1938 y 1939, mantenidas en vigencia hasta la muerte del Generalísimo. Así, el conjunto de las Leyes Fundamentales hay que entenderlo en función de estas últimas, verdaderas supernormas que conferían los plenos poderes, de forma vitalicia, a Paquito.

El contenido de estas Leyes, es el siguiente:

- 1) Fuero del Trabajo de 9 de Marzo de 1938: respondía a la idea falangista y adoptaba el carácter totalitario del nuevo Régimen. Esta Ley organiza los sindicatos únicos verticales como base fundamental del nuevo estado, a fin de controlar mejor todas las fuerzas productivas al servicio de la ideología totalitaria que era entonces, la dominante.
- 2) Ley Constitutiva de las Cortes Españolas de 17 de Julio de 1942: el tradicionalismo dio origen a la resurrección de una Cámara única de corte corporativo–medieval, integrada por procuradores nombrados de forma directa o por cooptación, que sería el sustento de la democracia orgánica, y que se basaba en la prohibición de los partidos políticos y en el realce del sindicato, el municipio y la familia. Su función consistía en colaborar con el Jefe del Estado en la creación de las leyes.
- 3) Fuero de los Españoles de 17 de Julio de 1945: como consecuencia de la derrota del Eje, el Régimen de Franco intentó lavar su imagen inicial frente a los aliados vencedores, mediante la adopción de una tabla de derechos fundamentales recortados, pues la vigencia de tales derechos nunca llegó a ser efectiva tanto por su aplicación como por las leyes restrictivas que los desarrollaban.
- 4) Ley de Referéndum Nacional de 22 de Octubre de 1945: intenta convencer del carácter populista y pseudo democrático del Régimen Franquista, a través del reconocimiento del sufragio universal por medio de la institución del referéndum, que sólo podía convocar el Jefe del estado, a fin de aprobar determinadas leyes importantes o trascendentales elaboradas teóricamente por las Cortes. Durante el Régimen, esta ley se aplicó dos veces:
 - Julio de 1947 para sancionar la Ley de Sucesión.
 - Diciembre de 1966 con objeto de aprobar la Ley Orgánica del estado.
- 5) Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de Julio de 1947: ante la presión de ciertos sectores monárquicos, dentro del ejército, el Jefe del Estado promulgó esta ley, por la que se define a España como un Reino y en la que se exponen los mecanismos para llevar a cabo la restauración monárquica, tanto por la decisión personal del General Franco, como en el supuesto de su muerte sin que hubiera nombrado sucesor. Hasta la desaparición misma del General en 1975, España fue un Reino sin Rey.
- 6) Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de Mayo de 1958: dentro de su concepción de institucionalizar el Régimen, y a efectos de tranquilizar a todas las fuerzas que le apoyaban, el General Franco decidió en 1958, sin previa deliberación de las Cortes, exponer las esencias más puras del franquismo mediante esta sexta Ley, en donde se ordenaban los principios en los que descansaba el Régimen. Éstos, eran definidos como permanentes e inalterables por su propia naturaleza. A partir de entonces, la aceptación de cualquier cargo o función pública requería el previo juramento de estos principios. En definitiva, se reafirmaba el carácter de Régimen de partido único, excluyendo cualquier pluralismo, incluso entre las fuerzas que lo apoyaban.

7) Ley Orgánica del Estado de 10 de Enero de 1967: el Jefe del Estado, ante la presión del sector tecnocrático, que se había hecho con palancas de mando del sistema y a fin de responder a una creciente presencia del Régimen en los ámbitos institucionales europeos, sometió a referéndum esta última Ley Fundamental. Su significado era tanto el de borrar algunos aspectos impresentables de épocas anteriores, contenidos en el Fuero del Trabajo, Ley de Cortes y Ley de Sucesión como el de estructurar con cierta apariencia institucional yseudodemocrática un Régimen de claro sentido personal. En ella se regulaban las funciones y poderes del Jefe del Estado, del Gobierno, de las Fuerzas Armadas, del Consejo Nacional del Movimiento, además de crearse un sucedáneo de control de constitucionalidad de las Leyes, denominado recurso de contrafuero.

E.2 La reinstauración de la Monarquía: la muerte del General Franco, en Noviembre de 1975, puso en funcionamiento los mecanismos sucesorios y se proclamó Rey de España a Juan Carlos de Borbón.

Desde el punto de vista de la ortodoxia monárquica se ha discutido si la proclamación como Rey de Juan Carlos de Borbón debía considerarse como una restauración de la Monarquía o como una instauración de la misma:

1) Como una restauración: el nombramiento consistió en restituir la Corona de España a un miembro de la dinastía legítima de la Monarquía española. Es decir, España volvía a reconocer la forma monárquica de gobierno, representada por el heredero de la rama de los Borbones, los cuales, habían reinado en España desde Felipe V: se concebía esta vuelta de la Monarquía como una auténtica restauración.

2) Como una instauración: al haberse roto la línea lógica de la continuidad monárquica, que representaba el Conde de Barcelona, habiendo sido nombrado Rey el hijo de éste, se había roto la legitimidad dinástica tradicional. Si se debe la vuelta de la Monarquía en España a la voluntad expresa del anterior Jefe del Estado, habría que concluir que se trató de una auténtica instauración.

Pues bien, lo correcto sería hablar de reinstauración de la Monarquía en España por la existencia de tres hechos:

– La encarnación de la Corona se llevó a cabo en la persona de Juan Carlos de Borbón en lugar del Jefe de la dinastía que reía su padre, el Conde de Barcelona. Pero, en cualquier caso, se trata de un miembro de la familia de los Borbones, histórica dinastía de la Monarquía española, por lo que se mantienen las reglas de la tradición.

– Al poco tiempo de ser proclamado Rey, Juan Carlos I, obtendría la legitimidad monárquica. El 14 de Marzo de 1977, el Conde de Barcelona renunció, a favor de su hijo y de sus herederos, a sus derechos dinásticos y a la Jefatura de la Casa Real de España.

– La Monarquía Parlamentaria, encarnada en Juan Carlos I, ha sido aceptada por el pueblo a través de referéndum nacional, con el que se aprobó la vigente Constitución, puesto que está incluida en ella.

En el discurso de la Corona, pronunciado el día de su acceso al trono, el Monarca definió las líneas de su futuro reinado, que suponían un claro proceso democrático, nombrando Presidente a Adolfo Suárez, a fin de que lo encauzase bajo su dirección. Ante la presión de la oposición que reivindicaba una ruptura total con el sistema anterior, el primer Gobierno de Suárez utiliza la vía de la ruptura reformista o reforma rupturista sirviéndose de los mecanismos de las Leyes Fundamentales del Franquismo, para acabar sometiendo al pueblo español, mediante referéndum, la aprobación de la Ley para la Reforma Política –norma –puente para pasar del régimen autoritario al democrático–. Adoptándose el sufragio universal y el pluralismo político, se celebraron, el 15 de Junio de 1977, las primeras elecciones democráticas. Como consecuencia de la actuación de las Cortes democratizadas, que llevaron a cabo la Ley de Reforma, el pueblo español aprobó la Constitución española en Diciembre de 1978.

6. LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

La Constitución de 1978 parece seguir el régimen pendular que ha presidido todo el constitucionalismo español. Pero su significado ni surge ni responde a esa ley pendular que ha afectado al país. Por el contrario, nos encuadramos por vez primera en nuestra historia con una Constitución que nace con el espíritu de romper de una vez y para siempre, con ese vicio histórico. No se trata tanto de lograr la estabilidad constitucional deseada, como sobre todo de alcanzar el asentamiento de un ideal de convivencia política entre el conjunto de los españoles –lo cual supone el respeto a la esencia de la propia Constitución–. La peculiaridad de este texto se basa en dos elementos que estuvieron ausentes en las otras Constituciones:

1) El consenso en que descansa: por primera vez, la nueva Constitución no es obra de un partido o tendencia, sino que ha sido elaborada con el apoyo de las principales fuerzas políticas del país. Las posibilidades de lograr la estabilidad constitucional en el futuro, son mayores que en las Constituciones precedentes.

2) Su adecuación al equilibrio de fuerzas dominantes en España: la Constitución no surge desconectada de la realidad, sino que responde en gran medida al momento sociológico español. Si, como se ha afirmado, se trata de un texto democrático, de carácter burgués, pero progresista, se debe a que simboliza la tónica de la sociedad española actual en su conjunto.

En este caso existió un espíritu de conciliación entre distintas fuerzas con principios de legitimidad antagónicos: por una parte, el principio de legitimidad de la derecha (el reconocimiento de la Monarquía), y por otra, el principio de legitimidad de la izquierda –la soberanía nacional–. Ninguno de estos principios, ni tampoco las fuerzas que los defendían, llegaron a anular al contrario, y la consecuencia fue que nació el principio de la Constitución interna o principio doctrinario, que descansaba en el reconocimiento nuevamente, pero mediante un cierto pacto, de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, representantes de la nación. De ahí que sea explicable la mayor duración de esta Constitución.

En resumen, el Proceso Constitucional español quedaría de la siguiente forma:

constitución	sujeto de la soberanía	carácter ideológico	relación entre los poderes	carácter en cuanto a su reforma	autor material de la constitución	vigencia
1812	Nación	Progresista	Reconoce la separación de poderes	Superrígida	Cortes Constituyentes	5 ó 6 años (no seguidos)
Estatuto 1834	Rey	Conservador	No hay separación de poderes	Flexible	Rey, mediante decreto real	3 años
1837	Nación	Progresista	Reconoce la colaboración	Flexible	Cortes Constituyentes	8 años
1845	Rey y Cortes	Conservador	No hay separación de poderes	Flexible	Reforma Constitución 1837	24 años
1869	Nación	Progresista	Reconoce la separación de poderes	Rígida	Cortes Constituyentes	4 años
1876	Rey y Cortes	Conservador	No reconoce la separación de poderes	Flexible	Cortes Constituyentes	47 años
1931	Pueblo	Progresista		Rígida		8 años

			Colaboración de poderes		Cortes Constituyentes	
Leyes 1938–1967	Indeterminado: Jefe Estado (práctica) Nación (teoría)	Conservador	Unidad de poder	Superrígida	General Franco	37 años
1978	Pueblo	Progresista	Colaboración	Superrígida	Cortes Constit.	--

22-10-01

CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN A PARTIR DE LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO.

Esta crisis comienza en los años veinte, con la crisis del positivismo jurídico, en el período de entreguerras, es la crisis del Estado liberal de derecho, la crisis de las fuentes del derecho.

El positivismo clásico aparece formulado en Jellinek, en *Teoría Federal del Estado*. Este autor mezcla dos conceptos de Estado, de Constitución y los combina porque se mueve autosuficientemente entre dos mundos, el de la naturaleza –sociológico– y el del espíritu. Concibe el Estado de dos formas distintas, es una Teoría dualista del Estado y de la Constitución. El Estado, por un lado, es construcción socio-cultural y también institución jurídico-espiritual, el mundo del espíritu, del deber ser. El Estado como poder y el Estado como derecho. Este artificial sistema metodológico entra en crisis y busca ser superado. La superación del positivismo se produce por dos corrientes doctrinales:

- Positivismo crítico: de la Escuela de Viena, con fundador en Hans Kelsen.
- Corrientes sociológicas, existenciales, irracionales: Mortati, Santiromano, Oriu.

La distinción entre estas dos posturas viene dada por el intento de la primera de lograr la pureza metodológica y fruto de esa pureza, concebir el Estado, el Derecho, la Constitución desde el mundo del espíritu, del deber. Separación radical entre el mundo del ser y el del deber ser. Frente a esta, las segundas, buscan una vinculación entre los dos mundos, buscan fundamentar el derecho en un componente existencial, en una realidad, no buscan la separación sino la combinación de esos dos mundos. Dentro de éstas está la obra de Karl Schmitt.

Para Herman Heller, la crisis del positivismo, se intenta superar por Kelsen y Schmitt a través de una concepción total, absolutizadora –Schmitt con el mundo del ser, la construcción sociológica y Kelsen, repudiando ésta y propugnando la totalización del mundo del deber ser–. Heller busca combinar o superar estos intentos totalizantes, y es muy difícil y contradictorio.

Estudiaremos la totalización de Kelsen y Schmitt, porque esta contradicción se inserta en nuestra Constitución. Estos dos autores parten de postulados metodológicos distintos, Schmitt, de su concepción en el ser, en la realidad, vinculación existencial. Kelsen propugna una construcción lógico-jurídica que siga el deber ser. Para él, el concepto clave es el concepto de soberanía como vinculación de la voluntad de las norma, no le interesa el problema de la titularidad, identifica el derecho con el Estado, y el Estado es norma jurídica. Para él, el dualismo entre el deber ser y el ser es insuperable. El mundo de la naturaleza se basa en el principio de causalidad (ser), pero para el mundo del deber, del derecho, no vale esta explicación, ya que una condición se precisa una consecuencia, quien le da lógica a esta relación de causalidad, quien da finitud, ya que el derecho precisa una cadena que se corte, se logra a través de un fundamento lógico –la Grundnorm –norma suprema fundante–.

Concepto de Constitución en la *Teoría de la Constitución* de Schmitt.

Hay tantas acepciones como se quiera. Schmitt adscribe el concepto de Constitución al concepto de Estado, que también sería invulnerable, por lo que concibe al Estado como unidad política o forma de unidad política. Para Schmitt, hay cuatro conceptos de Constitución:

- Concepto absoluto de Constitución/ Concepto positivo de Constitución
- Concepto relativo de Constitución/ Concepto ideal de Constitución.

A. Absoluto: resuelve el problema de la unidad, de la totalidad. Se resuelve de dos maneras:

- Desde el ser, concepto absoluto, real, verdadero
- Desde el deber ser, concepto absoluto como totalidad pensada, como unidad política pensante. Éste es el que Schmitt critica, porque lo da Kelsen.

B. Positivo: define la Constitución como acto de voluntad del poder constituyente, decisión fundamental del titular del poder constituyente.

C. Ideal: sería la sublimación de nuestros propios postulados políticos, nuestra propia concepción ideológica y el que no se aplique a la Constitución, no tiene Constitución. Así, habría Estados con Constitución y Estados sin Constitución. Esto es lo que recoge el constitucionalismo clásico, el liberal o burgués de derecho. Cuando éste entra en crisis, aparece otro concepto de Constitución que Schmitt también rechaza: el relativo.

D. Relativo: define la Constitución desde la pluralidad, se identificaría con los preceptos que aparecen recogidos, con las leyes constitucionales, con la mera forma, sin tener sustancialidad propia. Cualquier precepto que aparece recogido en la Constitución, es Constitución. Esto sería relativizar el problema de la unidad y definir la esencia de la Constitución.

29-10-01

El concepto de Constitución desde la crisis del constitucionalismo aparece en Jellinek, al igual que la contradicción de la concepción del Estado desde dos puntos de vista, separados –Teoría de la moneda–:

- Estado como ser; el Estado se personaliza, es un SER.
- Estado como forma jurídica, como deber ser.

En la crisis del constitucionalismo se pretende superar esto. La Teoría de la Constitución –de Mortati en la Constitución en sentido material–, se identifica con la Teoría de las fuentes del derecho, es decir, la crisis de las fuentes del derecho es la crisis del constitucionalismo. Superado el derecho natural, la crisis del constitucionalismo, a través de una concepción formal, pierde su sentido sustentador, de bases, se traslada el sentido a la forma (la crisis de las fuentes, supera la crisis del concepto de ley). Aparece la ley singular, que no se parece al resto del ordenamiento, la ley pierde ese carácter general que la hacía igual a las otras, la ley ahora se define vía procedimientos, como aquello que sigue el procedimiento legislativo. Esto también ocurre con la Constitución, pues en la crisis de las fuentes del derecho, se convierte en mero procedimiento agravado de reforma, es Constitución todo lo que está en ella y se puede incluir cualquier precepto.

En la crisis del constitucionalismo, fuentes, se busca dar solución al problema de la unidad, y éste, se resuelve a través de dos perspectivas:

A. Positivismos crítico: Kelsen. Se distingue el mundo del ser del deber ser. Kelsen dice que la Constitución se entiende desde el punto de vista del deber ser. Rompe con el sincretismo de la Teoría de las dos características. El científico jurídico es el que define su objeto de estudio, que no es cualquier derecho, sino el derecho entendido como deber, el derecho positivo. Este es un punto de vista lógico pensado. A través de un

sistema escalonado de normas, que se van superando hasta llegar a una superior. Este sistema se hace en base a la Grundnorm –norma fundadora–.

B. Fusionar los dos mundos es lo que pretende el mundo del deber ser u el del ser. Es la opción de Schmitt. El fundamento del derecho de la Constitución no puede estar en ninguna contradicción lógica, en el raciocinio del científico, por eso el fundamento es el ser político. La unidad política. Se vincula tanto la política con el derecho, el poder con la norma que Schmitt fusiona para resolver el problema.

Podemos decir que estas dos perspectivas, se circunscriben al ámbito estatal, el Estado es el que se estudia, es el centro de la investigación, de ahí, la identificación de Kelsen entre Estado, derecho y ordenamiento jurídico. Schmitt identifica Estado con unidad política de forma normativa –el derecho será una manifestación de un político–. Esta teoriedad se traslada a la Constitución española: Schmitt aparecería en el Preámbulo, en el artículo 2. Kelsen, en el artículo 1.1 –propugna los valores superiores en el concepto de ordenamiento jurídico– y también en el 9.1 –Constitución como norma suprema– y en el 9.3 –seguridad, jerarquía normativa, etc.–.

Estos puntos de vista hay estarían superados, los que centran el derecho de un modelo centralista estatalista. Entonces hoy estamos ante la crisis del concepto de Estado, lo que lleva a la Constitución a una crisis del constitucionalismo y a la idea de que éste existe para servir a un Estado.

La superación del problema estatal, viene dada por la integración en otros ordenamientos jurídicos del mismo ordenamiento estatal –por ejemplo, los derechos internacionales, tratados internacionales, ordenamientos internacionales–. La lucha entre la supremacía de la Constitución y otros derechos exteriores al Estado, es la lucha actual –internacionalistas y constitucionalistas–. El proceso de producción normativa ya no es monopolio del Estado, se ha internacionalizado.

Volviendo a Kelsen y a Schmitt:

1. Concepto absoluto: identificación de la Constitución con la unidad política.

Tiene dos significados.

a. Concepto absoluto pensado; concepto absoluto real; concepto absoluto verdadero; concepto absoluto pensado. La Constitución es pensada. Para Kelsen, Constitución es norma, desde un punto de vista del deber ser, es una norma. Para Schmitt esto es algo irreal, él propone la identificación real, de forma absoluta. El concepto absoluto concreta la manera de ser resultante de cualquier unidad política de poder.

b. Concepto absoluto real: tiene tres acepciones:

b.1 Problema de la totalización: Estado es Constitución, eso significa que el concepto absoluto de Constitución es estático.

b.2 Problema de la gobernabilidad: la Constitución es igual a la forma de Gobierno, de dominio, ordenancia de una ordenación política. Es estático.

b.3 Problema del cambio, del devenir: resuelve el problema de la transformación, se introduce la posibilidad del cambio, el aspecto temporal, el carácter dinámico. Se estudia la unidad política desde el punto de vista de la transformación, del continuo cambio, del devenir.

Estas tres, se fusionan en realidad. La primera es artificial, irreal, pero se busca para justificar la unión de las tres.

El concepto absoluto real se identifica con el concepto positivo de la Constitución, en el que la Constitución aparece como decisión, como acto volutivo de la unidad política. En la primera, el pueblo no tiene significado, se identifica con la decisión del Estado.

30-10-01

2. Concepto positivo: identificación de la Constitución con la decisión política. Propuesto por Schmitt, este concepto ve la Constitución como un acto de voluntad del poder constituyente. Esto define su forma de ser y existir, su forma de organizar. Nos encontramos con tres notas sucesivas que dan origen a la aparición del concepto positivo:

a. Agregado humano: los hombres se agrupan, hay pluralidad del hombre, este agregado se transforma en unidad política.

b. Conciencia de esta unidad política: los hombres son conciencia de unidad, se quieren datos de concreta manera de ser y existir, a través de su decisión volitiva.

c. Plasmación de la decisión de la voluntad del titular de la soberanía en una Constitución.

El concepto positivo de Constitución cambia la visión que planteaba el concepto absoluto –Constitución es igual a unidad política–. Aquí nos encontramos con que Constitución es igual a decisión volitiva. El problema de la unidad se transforma en la pregunta de ¿quién es el titular del poder constituyente y cuál es su decisión?. ¿Cómo se transforma la Teoría en su manifestación práctica?, ¿cuáles son los instrumentos que permiten al poder constituyente plasmar su voluntad?.

Cuando el titular es una persona, el Rey, no hay ningún problema, él plasma su voluntad. Cuando el titular es el pueblo, la resolución al problema teórico en la práctica es difícil. Nos encontramos con la necesidad del segundo elemento del principio político de Schmitt:

1º Principio de identidad: el pueblo forma una unidad política que consciente de su ser, forma una Constitución. El problema es que para Schmitt el hombre necesita una organización, por eso propone el principio de representación.

2º Principio de representación: el pueblo no puede por sí mismo funcionar, por eso necesita una organización, necesita la forma. Ésta, la dan los representantes, que expresan la voluntad del pueblo.

Estamos ante una suposición ontológica. Se supone que el pueblo forma una unidad política, se supone que tiene una voluntad y se supone que sus representantes la expresan. Pero es una suposición que en la práctica, tendrá que confirmarse.

En el concepto positivo se ve la etapa más decisionista, tendría que ver con una situación de excepcionalidad jurídica, se precisa de esa decisión. Aquí se vincula el concepto positivo de Constitución de Schmitt con su concepto de lo político. Para Schmitt, lo político, la esencia de lo político, es la distinción entre el amigo y el enemigo, tanto interna como externamente. Lo que hace al pueblo homogéneo es su distinción con los extranjeros, que serán de alguna manera, enemigos. Esta distinción internamente, también se haría, el enemigo sería el elemento agregado a una minoría del Estado que no se vincula con la unidad del pueblo como nación. Esto significa la positivación para fundamentar la homogeneidad de la eliminación de lo heterogéneo, de lo que no se identifica con el Estado, la eliminación de lo que sea diferente. En la situación de la República de Weimar lo que postula esta Teoría es la identificación del pueblo alemán con el Rey, porque el Parlamento no logra la homogeneidad, cada partido busca sus propios intereses, esta heterogeneidad no beneficia a la unidad política, por eso vincula la voluntad del pueblo con la voluntad de Hitler. Éste va a ser a la vez poder ejecutivo, legislativo y judicial. En esta identificación con el líder, conseguimos la homogeneidad.

La Constitución tiene que ver con un contenido sustancial, con una decisión fundamental que tiene ese contenido sustancializador. La Constitución a veces, no pudo ser forma, así se vincula Schmitt con Oriu. Éste recoge el principio de superlegalidad constitucional que define los principios, valores, sustancia de la Constitución. La identificación por el concepto relativo de la Constitución con la forma –superlegalidad formal– y la superlegalidad material –principios fundamentales, decisión del soberano, procedimiento excepcional–. En el formal con los procedimientos agravados de reforma, esto es lo que critica Schmitt; la Constitución no puede regularse en base a procedimientos, los valores de la Constitución, los preceptos, no tienen que ver con las reformas, pueden modificar los preceptos, articularlos, etc., pero no la Constitución en sí, porque iría en contra del titular del poder constituyente, y eso, ni sería una modificación, sino una revolución. Esto se recoge en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial –que distinguen entre el poder constituyente y el poder constituido–. Son las cláusulas de intangibilidad que no pueden modificarse por procedimientos de reforma, sólo pueden cambiarse por decisión del titular.

Esto no aparece en nuestra Constitución, se puede modificar todo, es más, se habla de reforma total de la Constitución. Esto ha sido muy criticado por la doctrina española, en concreto por el profesor De Vega que considera que la distinción entre procedimiento ordinario de reforma y procedimiento agravado, diluye la legitimidad con la legalidad, el poder constituyente con el poder constituido. El poder constituyente no está sujeto a la ley y menos a los procedimientos de reforma. Nuestra Constitución puede reformarse vía ordinaria sin que haya procedimiento agravado de reforma.

3. Concepto relativo: se confunde el concepto absoluto de la Constitución con el contenido material de la Constitución.

Resuelve el problema de la unidad, la Constitución se entiende como un conjunto de leyes constitucionales –independientemente de lo que traten–, incluyéndose decisiones contingentes, que van dando las diferentes minorías, que desvirtúan el papel anterior del legislador ordinario. Frente a la sustancialidad del concepto absoluto, se pasa a definir la Constitución y el procedimiento agravado de reforma. Pero, según Schmitt, no se puede definir el objeto de la Constitución. Es por esto por lo que Schmitt dice que sin contenido material, no se puede hablar de unidad política como sujeto preexistente, no se puede hablar de ordenamientos.

El concepto relativo de Constitución aparece cuando las fuentes del derecho han perdido su sustancialidad, cuando la ley ha perdido su forma, ley como fuente primera del ordenamiento. Se define exclusivamente por el procedimiento, pero el Gobierno puede también definir leyes singulares. Schmitt propone aquí el concepto positivo de Constitución.

4. Concepto ideal: se idealiza el concepto de Constitución. Se plantea cómo nuestra propia concepción de la Constitución y nuestra propia ideología se sublevar contra el resto de ideologías. En un concepto ideal extremo, sólo habría una Constitución que sería la nuestra y se pliega a nosotros.

- Concepto Absoluto: la Constitución es unidad política.
- Concepto Positivo: la Constitución es voluntad.

– Concepto Ideal: la Constitución concreta una ideología, si ese Estado garantiza la ideología es un Estado constitucional y si no lo hace es porque no tiene Constitución. Se superlativiza la idea de constitucionalidad. En el concepto ideal de Constitución, aparece al final la radicalización de la Constitución, como en la Constitución francesa. Ésta afirma que el Estado que no respete y salvaguarde los derechos fundamentales y que por tanto, no sea democrático, carece de Constitución. Ante esto, Maquiavelo distinguirá:

- Vanagloriar los derechos: Constitución francesa.
- Idealizar los derechos: Constitución inglesa.

Sólo hay un concepto de Constitución: el que garantiza los derechos constitucionales, separación de poderes,

modelo parlamentario representativo. Es lo que Schmitt entiende como elemento orgánico formal que se divide en:

* Principio de distribución: salvaguardia de los derechos fundamentales, que son el fundamento del Estado, de la Constitución, son preexistentes respecto del propio Estado, innatos. El Estado nace para salvaguardar estos derechos. Éstos, son concretamente la libertad y la propiedad privada.

* Principio de distribución de poderes: se limita ese poder.

Este modelo se recoge en el artículo 101 de nuestra Constitución y el concepto positivo aparecería en el artículo 2. El concepto ideal al superlativizar estos derechos fundamentales, también tendría algún componente de totalización, absoluto, no identificado con la política, pero identificado con los derechos fundamentales. Pero cuando la ideología liberal empieza a tambalearse, se quiebra el concepto ideal y aparece el concepto relativo de Constitución, que es en el que escribe Schmitt. Para superar la crisis del concepto ideal de Constitución, propone dos opciones: concepto absoluto ideal de Constitución y concepto relativo de Constitución. Su opción es una Democracia plebiscitaria, es decir, el Presidente toma la decisión final para manifestar la voluntad.

5-11-01

Schmitt y Kelsen se identifican, aparecen constitucionalizados a través de la resolución de la problemática de la unidad de la Constitución. ¿Cómo resuelven el problema de la validez/ fundamentación del derecho de la Constitución? Schmitt prima la existencia frente a la norma. La normatividad se definiría a través de la existencia, desde el punto de vista ontológico. La norma queda definida existencialmente a través del problema de la soberanía y se define a través de la decisión de la voluntad del poder constituyente.

Para Schmitt no vale la validez formal ni la deóntica –iusnaturalista–, porque las normas no se fundamentan en una cadena de normas, sino que se fundamenta en la existencia, por eso no vale el concepto absoluto de Constitución. Hay que hallar el vínculo del ser y del deber ser. La validez ética no puede fundamentar ni lo constitucional ni lo normativo, porque de nuevo aparecería el problema del sujeto, de la existencia del sujeto político. Debemos saber cuál es este sujeto político que define lo que es constitucional; aparecería de nuevo la vinculación de lo moral con lo existencial. La validez tiene que provenir del ser político. Toda norma presupone una voluntad política existente.

Pero cuando nos centramos en esta concepción hay que resolver el problema de la titularidad del poder constituyente. Si es una única persona no hay problema, pero ahora hay una nueva concepción que no puede basarse en una legitimidad monárquica. El problema de la legitimidad tiene que ver ahora con el carácter democrático: el titular de ese poder tiene que ser el pueblo.

En el cambio de legitimidad se observan dos etapas históricas:

1) Legitimidad dinástica: monárquica. Es la legitimidad trascendente. El Rey se entiende así mismo como titular; el auténtico titular es Dios que delega su poder en el Rey. Éste, es el representante de aquél en la tierra. Esto cambiará a raíz de las revoluciones norteamericana francesa.

2) Tras las revoluciones, ya no sirve la legitimidad trascendente, pues ahora, la legitimidad tiene un sustrato inmanente, el pueblo es el titular del poder constituyente. Un pueblo que toma conciencia de su existencia y en consecuencia, forma una nación. En concreto, la burguesía es la que asume la titularidad del poder constituyente.

Esto, para Schmitt, en el concepto positivo de Constitución, significa no hablar más de la legitimidad monárquica, lo que supone la homogeneidad del pueblo consigo mismo, la igualdad sustancial del pueblo y la

igualdad con los gobernantes. Por tanto, la validez de la Constitución se basa en una suposición –suponemos que el pueblo se identifica consigo mismo formando una nación y también suponemos que puede expresar su voluntad, la cual, se plasma en la Constitución–. Suposición que sin embargo, tiene el problema de cómo se identifica el pueblo consigo mismo, y los gobernados con los gobernantes. Suponemos que existe una voluntad política y que los gobernantes representan esta unidad política.

Esta suposición es lo que Kelsen no admite, para él es algo inexistente, es mentira. Para resolver el problema de la unidad –que para Kelsen se basa en lo pensado–, hay que ver el papel del propio pensador jurídico. Kelsen parte de la separación radical del mundo del ser y del deber ser. Tiene dos postulados:

- Presupuesto neokantiano.
- Concepción positivista. Desde los presupuestos metodológicos neokantianos.

De entrada, Kelsen dice que para lograr la autonomía de la Ciencia jurídica, el pensador es el que define su objeto de estudio. En esta definición ya están las claves de toda su construcción. Define el derecho como el mundo del deber ser. La norma es deber, parte de la separación. No podemos confundir el derecho con el poder, con la política, busca limitar lo político. Estudia el derecho positivo. El derecho es el deber ser, pero sin embargo, Kelsen no estudia el derecho como le gustaría que fuese, sino el que existe realmente, el derecho positivo. Este derecho positivo lo va a definir como técnica social específica. El derecho es un medio de ordenación. El derecho se distingue por utilizar el elemento coercitivo, identifica el derecho con el Estado –militar–. Lo que especifica al derecho es la efectividad, el mandato coercitivo del Estado es eficaz en términos globales. Ante el Estado no es posible escapar. Esto distingue el derecho estatal de los órdenes de organización delictivo. Kelsen busca transformar lo válido en derecho objetivo, pasa del orden coercitivo al ordenamiento jurídico, en ambos casos es subjetivo –personal; para que el poder sea legal se convierte en derecho–. Este peso lo vemos a través de una perspectiva lógico-jurídica, a través de una concepción lógico-formal, a través de la Grundnorm. Para Kelsen el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas integradas. Tradicionalmente el derecho se estudia desde la norma, norma como algo aislado. Kelsen integra esto, la teoría de la norma jurídica, en la teoría del ordenamiento jurídico. El conjunto de normas se unifica en un todo que se reproduce así mismo. Las normas están en el mundo del deber ser, por esto la validez de una norma tiene que venir de otra norma jurídica, de otro deber ser. Su legitimidad no puede venir de un ser, de un sujeto. Estamos ante un sistema escalonado de normas de carácter jerárquico. Por el principio de causalidad, esta cadena sería infinita, pero Kelsen le pone fin, necesita de su concepto de Constitución como concepto lógico-pensado. La Grundnorm es la que pondría fin –la teoría de la norma se inserta en la teoría del ordenamiento jurídico–.

Toda la teoría de Kelsen se explica en el estudio de su contexto –por ejemplo, el problema de la unidad de nación, en el Imperio Austro-Húngaro–. El hombre en Kelsen se convierte en unidad normativa, su conjunto de derechos le convierten en persona jurídica con una pluralidad de derechos y obligaciones. El pueblo es un conjunto de derechos individuales que forman un ordenamiento jurídico. En la inserción del hombre en el ordenamiento jurídico y en la visión del orden como sistema escalonado es donde aparece la visión del orden como sistema escalonado en donde aparece su visión de Constitución, de la Grundnorm –Constitución lógico-jurídica, pero hay que diferenciarla de la Constitución jurídico-positiva, la escrita–. La Grundnorm es una norma pensada, la piensa el científico jurídico como hipótesis de trabajo para permitir el paso del poder al derecho, hipótesis que no es necesaria en todas las cosas, pero que Kelsen cree necesaria. Si damos este paso del ordenamiento coercitivo efectivo al derecho objetivo válido –ordenamiento jurídico–, debemos teorizar la Grundnorm, sino, siempre estaría más en un mandato personal. Esta Grundnorm es el presupuesto ideal para Kelsen.

La construcción lógico-jurídica es esa construcción pensada por el científico que define su objeto de estudio –derecho–. Ya aquí, estamos en una norma positiva –creación de derecho positivo y aplicación de la Grundnorm–. La construcción lógico-jurídica, determina el proceso de creación de las leyes, es el componente necesario en la Constitución positiva en Kelsen –determinar las reglas que diseñan el proceso de

producción legal-.

Kelsen habla de dos acepciones:

- Concepto estricto: para él, es material. Esas reglas de determinación del proceso de legislación. Esto es la Constitución positiva en sentido estricto o material.
- Concepto amplio: para él, formal; junto a ese proceso se insertan normas contingentes, sustanciales que no hablan sólo de procedimiento de elaboración y órganos de producción, sino que se introducen en ese documento, otras normas. Se identifica algo con las leyes constitucionales -preceptos- de Schmitt. La Constitución formal sería ese documento solemne con procedimiento agravado de reforma que además de incluir determinadas normas, incluiría otras normas sustancializadoras.

6-11-01

Los presupuestos metodológicos son dos:

- Neokantiano.
- Derecho positivo.

Estos presupuestos se necesitan para hacer una construcción pura de la Ciencia Jurídica que permita la autonomía de la Ciencia del Derecho, en la que tiene que introducir su Teoría, porque la eficacia no puede ser el fundamento de la validez del derecho. No puede fundamentar la unidad del derecho, porque Kelsen, lo circunscribe al mundo del deber. La eficacia es la condición, lo previo para observar algo dado en la realidad como derecho. Con la Grundnorm, como fundamento último de las normas y del ordenamiento, se permite la traslación de lo dado a lo válido -la norma jurídica impersonal y válida-. Permite que las relaciones de poder se transformen en relaciones jurídicas; las relaciones subjetivas, actos de voluntad en normas jurídicas válidas.

En esta concepción y para permitir esta transformación, Kelsen hace la Teoría de la Grundnorm. Esta Teoría no cambia en la concepción de Kelsen a lo largo de toda su obra. Empieza a teorizarla alrededor de los años veinte, y no la excluye hasta el final de sus días. El significado es la suposición. La Grundnorm permite el como si kantiano -como si lo dado, fuera derecho válido-. Es una suposición que parte de un carácter determinado que se tenga de la norma fundante y es ese carácter/ naturaleza de la norma lo que cambiará. Hasta 1960, es una norma hipotética, una construcción del científico que observa el derecho. Es la norma del pensamiento que fundamenta el derecho. Pero las hipótesis tienen que verificarse y la Grundnorm no se verifica. De ahí, la necesidad de transformar su naturaleza a partir de los años sesenta, y decir que es una ficción, contradictoria consigo misma y con la realidad. En ella, no hay Grundnorm, pero el cambio implica que somos, de entrada, conscientes de su irrealidad -sirve para el como si-. La construcción kelseniana, explota porque el mismo autor, desde la honestidad teórica, afirma que los postulados no podían mantenerse, pues eran lógicos y no es posible transplantar lo lógico al derecho. Kelsen quiere neutralizar el poder a través del derecho, quiere estudiar éste, desde el deber ser y no desde la política. Para ello, necesita la Grundnorm y distinguir así el mandato de un delincuente del mandato de una norma jurídica. Kelsen no hace nada por modificar el derecho, porque modificarlo, implicaría introducir conceptos axiológicos, del derecho natural, y en definitiva, introducir de nuevo el poder.

En realidad, el sistema como ficción, funciona sin la Grundnorm, esta Teoría sólo introduce el como si kantiano, por lo que es totalmente prescindible. Queda la ficción de que el ordenamiento jurídico, es un orden válido, unificado y cerrado, diferente del uso de la fuerza.

ORDENAMIENTO JURÍDICO (imagen común)

GRUNDNORM

1º Nivel: Constitución positiva

2º Nivel: Normas generales

3º Nivel: Proceso Derecho Público

jurisdiccional

Éste es el ordenamiento jurídico positivo, para Kelsen: simboliza la unidad del ordenamiento jurídico. La Grundnorm permite que las normas se conviertan en unidad, por ello, está fuera. Pero en realidad, nuestro sistema actual sería un sistema escalonado de normas jerárquicamente ordenadas en paralelo:

GRUNDNORM

Aparecen así los siguientes conceptos:

- Grundnorm o Constitución lógico jurídica.
- Constitución jurídico-positiva.
- Normas generales.
- Proceso jurisdiccional y/o administrativo.

Nos encontramos con el primer concepto de Constitución. El resto de las normas, son aplicación de la norma habilitante y creadoras de nuevo derecho al tiempo en que aplican la norma superior. Se pueden escalar en tres niveles de abajo a arriba, donde la validez de la norma inferior se fundamenta en la norma superior –es la validez positiva, la validez inmediata–. El sistema se cierra por la necesidad de que en el caso de contradicción entre normas, se requiere la validez de la Grundnorm.

En la cúspide o primer nivel, está la Constitución jurídico-positiva, que es Constitución en el sentido de determinar las reglas de producción normativa. Este es el sentido de la Constitución en Kelsen. Así, ese primer nivel es el proceso constituyente o constitucional. Igual que la Grundnorm, no dice nada del contenido de las normas, fundamenta la unidad del ordenamiento en su conjunto, todas las normas y la validez de la Constitución positiva, aunque no diga nada de su contenido, ya que establece el procedimiento formal. Si introdujera el contenido, también introduciría una concepción iusnaturalista y axiológica. Por ello, la Grundnorm es una norma puramente formal, que permite el procedimiento.

En esta Constitución jurídico-positiva, aparecen la Constitución material en sentido estricto y la Constitución formal en sentido amplio:

* La Constitución material en sentido estricto: introduce las reglas de procedimiento de creación normativa legal, es decir, los órganos legislativamente competentes y el modo de elaboración de las leyes.

* La Constitución formal en sentido amplio: Otros preceptos con contenido determinado. Kelsen la denomina formal porque necesita un procedimiento agravado de reforma que precisa mayoría cualificada, porque sus contenidos introducen diferentes mayorías y contenidos ideológicos específicos que se salvaguardan de las mayorías parlamentarias. Al introducir contenido, se imposibilita la subsunción de la norma inferior en la superior.

En el segundo nivel, aparece el procedimiento legislativo, de creación de leyes –normas generales–, y, en el tercer nivel, el proceso jurisdiccional y/o administrativo, donde surgen normas singulares, individualizadas. En la Teoría tradicional, la ley es la fuente suprema del derecho, sólo concibe como norma jurídica la ley, la sentencia no. Pero Kelsen, diluye esta separación y entiende tanto las normas generales y los actos administrativos como normas jurídicas –son normas jurídicas tanto la ley como la decisión de un juez–.

La validación es un proceso de abajo a arriba, pero en realidad, es al revés en el proceso de individualización normativa –de lo general a lo concreto–.

En la base de la pirámide aparece otro proceso, el de las relaciones entre particulares que también crean normas jurídicas individuales –en un contrato privado, se ponen de acuerdo dos partes y, se crea derecho–. Kelsen rechaza la concepción de derecho como confección de normas generales, pues incluye las normas particulares, que, son las que determinan la persona jurídica –el individuo como unidad normativa y sujeto de derechos y obligaciones–. Para Kelsen, distinción entre Derecho Privado y Derecho Público, no existe, todo es Derecho Público. Es más, no hay derecho subjetivo, sino objetivo, porque el primero, se introduce en el segundo.

Se inserta en este sistema la identificación del derecho con el Estado y el ordenamiento jurídico. Se igualan los tres conceptos, pues Estado es orden jurídico como sistema integrado de normas. Así, en la definición del Estado, lo importante es el método de producción normativa. Las formas del Estado se distinguirán según los métodos de producción de normas. Kelsen diferencia así Democracia de Autocracia. El ordenamiento jurídico determina la conducta de los individuos, pues los somete a reglas del juego, sobre los que regula, en ambos ordenes. En el sistema democrático, los individuos pueden participar en el ordenamiento jurídico que regula sus normas/ pautas de comportamiento; en el sistema autocrático, los individuos no participan. Pero en todo sistema hay un grado de participación –mayor significa más democracia y, menor, más autocracia–.

El Estado como estructuración espacial se define desde el concepto de centralización/ descentralización. El Estado como forma de organización social en su estructuración espacial se caracteriza por ser fuertemente centralizado o descentralizado, pero siempre desde la centralización –característica que diferencia al ordenamiento jurídico estatal del internacional o del preestatal–, pues siempre hay un grado de centralización en el nivel Estado, frente a los otros dos, que tienen un componente fuertemente descentralizado, porque no monopolizan la coacción –dato previo para identificar un orden social como derecho–. Además, en estos dos órdenes, aparece la indivisión –no división– social del trabajo. No hay órganos específicos para determinar/ desarrollar tareas concretas, pues todos los sujetos tienen que desarrollar todas las funciones. No hay Tribunales de Justicia –clave de la centralización– que sancionen actos ilícitos antijurídicos.

En los ordenamientos preestatales e internacionales, también aparece la autotutela. En los primeros, como no hay tribunal, lo mejor es coger el garrote y liarse a mamporrazos –que nosotros tenemos que intentar corregir el lícito, nosotros damos el castigo, porque no hay división del trabajo, es el ojo por ojo–. En los segundos, no hay individuos, sino Estados como sujetos principales. Éste es el que se autotutela en caso de infracción del derecho internacional. Tiene dos respuestas; la represión y la guerra. Pero este orden se va centralizando, por lo que aparecen tribunales como el de La Haya, cuyas sentencias, para tener validez, tienen que estar consentidas por los Estados. En la UE, existen esos tribunales que monopolizan, al igual que en los Estados.

12-11-01

El orden jurídico internacional tiende a la centralización, pues regula más materias que corresponden al Estado. El concepto de Estado se analiza desde tres perspectivas:

1. Estado–poder// Es lo dado// El Estado–poder como algo dado, está en el mundo del ser: es el orden social coercitivo efectivo.
2. Estado–Derecho// Es lo supuesto// El Estado–Derecho como lo supuesto, está en el mundo del deber ser: es un orden jurídico –un conjunto de normas unificado– válido. Algo obligatorio.
3. Estado–persona// Es una articulación metafórica// El Estado–persona como una articulación metafórica, tiene que ver con la imputación. El centro nuclear de imputación, al que se le imputan, en esa metáfora, todas las relaciones jurídicas. Aparecen aquí:

A. Distinción entre concepto amplio de Estado// Concepto total: ese Estado persona es el orden jurídico total, pues incluye tanto a individuos –conjunto de derechos y obligaciones jurídicas, pues se objetivan– y a instituciones.

B. Distinción entre concepto escrito de Estado// Concepto parcial: se refiere a los actos personales de los individuos que se imputan como actos de la organización estatal. Son los actos de los funcionarios públicos, subjetivos que se imputan como los realizados por los órganos estatales.

La mediación entre estos conceptos, la realiza la eficacia. Kelsen quiere circunscribir su objeto de estudio, el derecho positivo, al segundo punto de vista. Sin embargo, no puede prescindir de las otras dos concepciones, entre las que la efectividad es la condición para suponer algo como orden jurídico válido. Pero, en el mundo del deber, condición como efectividad no significa fundamento, pues la fundamentación de un deber, sólo puede venir dada por la fundamentación de otro deber. De ahí, su concepción en niveles.

El Estado como personificación es la metáfora que permite la transformación. El poder observar la organización, el propio poder en su presentación como ordenación, como derecho. La subjetividad del poder se transforma en la técnica jurídica del Estado de Derecho. Kelsen rompe con la Teoría tradicional que intentaba resolver el problema de la auto obligación del Estado por el derecho. Esta auto obligación en Kelsen, se convierte en auto reproducción del Estado, de sus propias normas, de su propio proceso de transformación de las normas y creación de las mismas –innovación normativa–. En la Teoría tradicional, el Estado tenía el problema de la auto obligación, porque el Estado, es una realidad social, independiente del derecho. De ahí que haya un doble proceso:

* Que el Estado como realidad independiente crea derecho.

* Que el Estado se obliga a cumplir el derecho por él mismo creado.

Esto en Kelsen es un falso problema porque:

- El Estado crea. Significa la conversión del Estado en
- El Estado se obliga. Estado de Derecho.

El problema de la auto obligación, significa en esa doble fase, la conversión de ese Estado, como realidad independiente, en un Estado de Derecho. Para Kelsen, todo Estado es Estado de Derecho. Por su identificación del Estado con el Derecho, de ahí, que sea un falso problema, porque el Estado es un orden, es un derecho.

Esto tiene que ver con una concepción axiológica iusnaturalista y Kelsen quiere romper con cualquier criterio valorativo, por eso identifica Estado con derecho como procedimiento que se auto reproduce, sin contenidos sustanciales. La diferencia está en la participación:

- Autocracia: no se participa.
- Democracia: se puede participar.

Teniendo en cuenta que lo dado, sea cualquiera de las dos, es ese orden coercitivo. Es decir, se ha transformado la idea de libertad. El paso de la libertad como autodeterminación, se convierte en libertad social, el orden jurídico es un orden coercitivo que somete la conducta de los hombres. La libertad social parte de lo coactivo. Hay una metamorfosis. La limitación de la libertad de los individuos se ve desde dos perspectivas:

a. Creación de normas: la libertad se limita a hablar del procedimiento, de la forma.

b. Desde la propia extensión, de la magnitud del contenido del ordenamiento: la libertad tiene que ver con el contenido. Si el ordenamiento jurídico se expande o no a todos los ámbitos de la libertad humana, limitándola o expandiéndola.

Kelsen, como identifica en su concepto de las formas de Estado, la resolución de ese problema, a través del principio de participación, las formas de Estado tienen que ver con la creación normativa. Un Estado será democrático si los ciudadanos pueden participar en las normas que sujetan su libertad. Aunque esta participación en Kelsen, tenga que ver con todos los estratos en los que se estructura jerárquicamente el orden jurídico, en realidad, lo limita específicamente, al proceso constituyente como al proceso legislativo.

La Constitución es las reglas que determinan la producción normativa, y en concreto, la legislativa. Así, para Kelsen, y en período de entreguerras, la participación tiene que ver con el segundo nivel, ya dada la Constitución, si los ciudadanos participan en la formación de la voluntad legal del Estado, en las normas de procedimiento legislativo. Por ello, Kelsen vincula la Democracia con el parlamentarismo. La salvación de la Democracia, tiene que ver con la salvación del sistema parlamentario, pues si éste sucumbe. Aquella también. Pero en realidad, la participación ciudadana se limita a la elección del Parlamento; es una participación indirecta. A pesar de esto, Kelsen busca reconstruir el modelo parlamentario para posibilitar nuevas vías de participación ciudadana, que no se limiten sólo a la elección del Parlamento.

ARTÍCULO 1.1 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

Nuestra interpretación de los artículos de la Constitución, se basa en la interpretación que otorga el ordenamiento jurídico –artículo 3 del Código Civil, las normas se interpretarán siguiendo el sentido propio de sus palabras–. El Tribunal Constitucional es el intérprete máximo, por lo que esta interpretación puede ser contraria a la suya.

Hay que relacionar dos verbos: España se constituye y España propugna:

- Se constituye en un Estado.
- Propugna unos valores superiores.

Se desprende que España es Estado y tiene ordenamiento jurídico. España para constituirse como Estado, tiene que aclamar su relación con el ordenamiento jurídico, a través de los valores del mismo. En Garrido Falla, esto aparece como una obviedad, que lo es tanto, que no necesita aclaraciones. Este dar por supuesto, da problemas, porque introducir esto, hace referencia al problema de la unidad. Al introducir el término ordenamiento jurídico, se introduce una manera de resolver este problema, pues el ordenamiento jurídico, es un conjunto unificado. Este artículo clave para la comprensión de los preceptos de la Constitución tiene la misma redacción en la Ponencia y en el final.

El Estado aparece adjetivado como social y democrático, pero el sustantivo, es Estado de derecho, cuya obviedad, la silencia Garrido Falla. Este Estado de derecho, aparece definido por Garrido Falla así: el Estado puede no estar sometido al derecho.

Kelsen busca lo contrario, no acepta un valor cualificado, pues busca neutralizar cualquier valor así para construir su concepto. Este tipo de valor, tiene que ver con supuestos axiológicos y Kelsen, quiere romper con esto. Intenta, desde la norma, concebir como Estado cualquier organización coercitiva. Estamos en una comprensión equivocada de Garrido Falla.

El Estado de derecho, sería la primera fase histórica de un proceso apugnativo. Para el profesor Ollero, la expresión correcta es Estado Democrático de derecho, porque se estarían en etapas diferentes que se superponen unas a otras. Estas etapas son:

1) Estado liberal de derecho o burgués: es el que concibe al Estado desde el fin último del mismo en la salvaguarda de los derechos fundamentales. El Estado nace para garantizar dichos derechos. Es un Estado neutral en lo económico, abstencionista.

2) Estado Social de derecho: de la neutralidad económica, por la llegada de la sociedad de masas, se pasa a un Estado intervencionista que también guarda los derechos liberales, propugnando además otros derechos: los sociales, que tienen una tutela débil, frente a la reforzada de los clásicos fundamentales.

3) Estado democrático de derecho: es la expresión que propugna Ollero. Tiene que ver con la idea de la participación ciudadana en los asuntos públicos; cuanto mayor sea, más democrático es el Estado.

El sujeto indeterminado que es España, precisa de una determinación, por eso, aparece no constituida con el pronombre ser. Es algo existencial pero indeterminado y precisa de una determinación. Por eso se constituye, porque precisa determinar lo indeterminado, a través de la forma, su expresión y conversión en un Estado. Aparece por un lado un concepto existencial –España como sujeto indeterminado– y la necesidad de su manifestación. Cuando España se convierte en un Estado, lo existencial se manifiesta a través de la forma de Estado. España ya no se constituye así, sino que está constituida. Esta sería la correcta expresión que el texto constitucional debería haber recogido.

Quien realiza la mediación entre lo que se está constituyendo y lo constituido, es el ordenamiento jurídico. Por eso, no puede aparecer España como Estado sin hacer mención del ordenamiento jurídico. La expresión ordenamiento jurídico, identifica ordenamiento jurídico con derecho y así se recoge en el título preliminar del Código Civil. Éste, recoge las fuentes del derecho y sin embargo, cuando dice cuáles son –artículo 1.1–, ley costumbre y principios generales del derecho, identifica derecho y ordenamiento jurídico. Esta identificación supone resolver el problema de la unidad desde una fundamentación en el propio derecho como sistema total de normas. Esto se recoge en el Código de Leyes Políticas, diciendo que el derecho es un sistema completo de normas, que hace que no se pueda concebir exclusivamente como normas, a las leyes, pues éstas, son tanto las normas generales como las individuales. Así, el ordenamiento jurídico, necesita romper con la concepción de imperio de la ley, pues estamos en el Imperio de la constitucionalidad –Constitución, norma suprema–. Es un sistema escalonado jerárquicamente, en el que son normas tanto las leyes, en el sentido tradicional, como las sentencias judiciales y los actos individuales. Hay necesidad de acudir a otros ordenamientos jurídicos, según Carrera, el internacional, el europeo y el de las Comunidades Autónomas –pero éste, no es ordenamiento jurídico independiente del Estado, es ordenamiento jurídico estatal, solo que en él, se puede distinguir entre total y parcial–.

13-11-01

En Garrido Falla, Estado de derecho es una expresión omnicomprensiva. Sin embargo, le resulta feo agotar ese comentario en la fórmula Estado de derecho. Por ello, lo objetiva como Social y democrático, peor no hay necesidad.

Estado de derecho según el proceso por etapas de Ollero, tiene que ver con una concepción específica de lo que sea Estado y lo que sea derecho. En la primera etapa, se habla de auto obligación. Tiene que ver con el liberalismo, expresada en el artículo 6 de la Declaración de Derechos y Deberes del Ciudadano. Se recoge en Schmitt en el principio de distribución y organización del poder. En nuestra doctrina, Estado de derecho, de Elías Díaz, se recoge. Sus características se resumen en:

- Derechos fundamentales como fin del Estado.
- División de poderes como control del Estado.

Pero Elías Díaz, afirma cuatro:

1. Imperio de la ley: Estado de derecho, el clásico Estado legislativo parlamentario, burgués de derecho, se formula según Schmitt, como un Estado que tiene una sola ley, un solo órgano de creación de la ley, un solo procedimiento de creación legal. Esto es el imperio de la ley: una ley, un órgano, un procedimiento. La crisis del Estado parlamentario, esto se transforma y aparecen más de un concepto de ley, más de un órgano de creación legal y más de un procedimiento legislativo. El imperio de la ley tiene que ver con la ley como fuente suprema y prevalente del ordenamiento jurídico. La ley con características específicas –racionalidad, verdad, jurídica, mensurable, permanente, universal, etc.–, con la crisis del iusnaturalismo, acaban en una sola: la ley como norma general. Si se pierde el carácter de generalidad de la ley, ésta, no se distinguiría del reglamento, de la orden, del mandato. Es clave para que se cumpla el silogismo kantiano: un Parlamento que crea la ley y un ejecutivo y justicia que la aplica. El principio de legalidad se transforma en imperio de constitucionalidad. El imperio de la Constitución quiere decir que se rompe con la Teoría clásica de una ley, un órgano, un procedimiento.

La existencia de una sola ley como norma general, suponía la necesidad de subsumir la decisión judicial, gubernamental en la norma general. Se actuaba mecánicamente. Pero al aparecer distintas clases, esto desaparece:

- Ley singular: se refiere a un hecho concreto.
- Reglamento: se convierten en normas generales.

Un solo órgano, era el Parlamento. Pero aparecen otros órganos que intervienen en la creación legal: Gobierno, Comunidades Autónomas. Además, aparecen otros procedimientos de creación legal: las distintas clases de leyes, tienen cada una, un procedimiento de creación, con distintas mayorías:

- Cualificada: ley orgánica.
- Simple: ley ordinaria.

Se rompe así el imperio de la ley y se entra en el principio de constitucionalidad. La Constitución regula la creación de leyes e introduce preceptos que antes estaban regulados por el legislador. La Constitución se convierte en ley suprema, introduce normas contingentes –restringiendo la acción del legislador– y nuevos preceptos para asegurar/ garantizar las mayorías parlamentarias.

Cuando en la Constitución se dice imperio de la ley, significa la relación de la independencia judicial con la dependencia de la ley: el juez es independiente porque depende de la ley. La cantidad de leyes que hay, impiden al juez, en su decisión, someterse a la norma general que es la ley. La dependencia no es estricta, pues su decisión es creación de derecho y por ello, discrecional. El juez no sabe cuál es la ley válida, pues hay muchas, porque por ejemplo, desconoce el derecho comunitario. De ahí que la discrecionalidad judicial sea mayor.

2. Separación de poderes: nunca ha sido absoluta. Era una división del poder para neutralizar al poder. En la Constitución, esta separación, no aparece recogida. Estamos en un modelo de múltiples funciones estatales que se atribuyen a órganos diversos.

3. Principio de legalidad de la actuación administrativa: este principio se recoge en la Constitución como sometimiento de la Administración al derecho –artículo 103–. Este sometimiento se traduce en un control específico del actuar administrativo. Son los tribunales los que fiscalizan la acción de la Administración –artículo 106–.

4. Derechos y libertades fundamentales: estos derechos se identifican con los derechos burgueses –libertad y salvaguarda de la propiedad privada–. Estos derechos no son de todos los hombres en la práctica, formalmente sí. La superación del individualismo burgués con la sociedad de masas, provoca la introducción

de derechos sociales –pero éstos no tienen la misma tutela que los anteriores–. Garrido Falla, no vincula el Estado de derecho, puede respetarse el principio de legalidad sin ser democrático –por ejemplo, el Estado Franquista en los cincuenta–. El Estado de derecho en Falla se caracteriza por el cumplimiento de:

* Principio de legalidad como eliminación de la arbitrariedad: este principio se respeta en un Estado no democrático.

* Criterio axiológico o valorativo, según Falla, que introduce Kelsen –en realidad, éste no lo hace– en la idea de justicia. Esto entra en crisis en el Estado de derecho clásico: crisis del iusnaturalismo y conversión del Estado abstencionista/ neutral en un Estado fuertemente intervencionista en lo económico.

La crisis del iusnaturalismo tiene que ver con la propia crisis del positivismo jurídico. Al romperse con el criterio axiológico, la ley queda con una característica única: la generalidad. El concepto de ley, pierde sus características sustanciales, pero también la generalidad, pues se convierte en mera forma y mero procedimiento.

La conversión del Estado neutro en intervencionista, constituye una crisis paralela a la iusnaturalista. La sociedad se identifica con el Estado, ya no están separados y demanda cada vez más, realizaciones por parte del Estado. Esta conversión significa un cambio de la pieza clave que determinaba la producción legal del Estado neutral: el Parlamento. Éste, con la crisis de ese Estado y esta conversión, pierde el control de la política. Se necesita otro órgano o poder que realice todas las demandas que requiere la sociedad de masas. La posición central en la creación normativa y esas demandas, corresponderán al Gobierno y a la Administración. De ahí que sea un paso del Estado parlamentario, al Estado burocrático. Éste es el modelo que hoy, ha entrado también en crisis y no porque el Gobierno haya perdido su posición de centralidad, sino porque el Estado ha perdido el control de lo político al no tener ya el control de lo económico. Éste, supera el ámbito estatal y lo político, se determina en ámbitos de homogeneización global de la economía. El Estado tiene que relacionarse con otras organizaciones que determinan la creación normativa estatal.

En el artículo 1.1, también aparece el Estado Social de Derecho. Éste aparece en el Preámbulo de la Constitución. El Estado Social, también se recoge en el artículo 9.2 de la Constitución de 1978. Es la idea transformadora de la sociedad que introduce la Constitución. El Estado asume la obligación de actuar en un determinado sector. Este artículo, por influencia del artículo 3 de la Constitución italiana, introduce que el Estado debe promover la libertad e igualdad sustancial. El artículo 14, habla de la igualdad formal.

El Capítulo Segundo, son los derechos liberales clásicos que se protegen con un procedimiento de preferencia y sumariedad –artículo 53–. Cuando este procedimiento acaba, se refuerza por un mecanismo: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De ahí que estos derechos tiendan a ser normas perfectas.

Los derechos sociales informan la legislación. Sólo se pueden alegar ante la jurisdicción, según la legislación que los desarrolla. Ésta puede desarrollarlos como quiera. Una ley, puede recoger por ejemplo, la promoción de la vivienda de protección oficial y otra, la promoción del derecho a una vivienda digna a través del regalo del suelo público a las constructoras privadas. Este derecho a una vivienda digna, sólo puede alegarse a través de la ley que lo desarrolle.

Estos derechos tienen una consecuencia jurídica difícil, pues si son vulnerados, su impugnación es muy problemática. Son meros informadores.

El Estado Democrático según Garrido Falla, alude al origen de la ley la voluntad legal –la ley– tiene que ser expresión de la voluntad de los gobernados. Esta idea es la que introduce el adjetivo democrático. Siguiendo a García Pelayo, el concepto de Democracia lo contrapone al concepto de liberalismo y utilizando la Teoría de Schmitt, el liberalismo tiene que ver con cómo se ejercen las funciones/ el poder del Estado y Democracia, con quién las ejerce. El liberalismo, no define el poder, pero intenta neutralizarlo. Sólo busca limitar el poder

a través de su división y la pluralidad. En cambio, en la Democracia, lo importante es definir el quién –el pueblo como titular del poder–, y no el cómo. El liberalismo, al intentar neutralizarlo, traslada el poder a la Constitución o a la ley –la Constitución es la soberanía–, pero deja sin definir el sujeto político. Por otro lado, el liberalismo intenta la realización de la libertad, la libertad de los propietarios, frente al intento de la Democracia de la realización de la igualdad –es la búsqueda de la homogeneidad social–.

Frente a la concepción de los derechos liberales –formalmente, lo son de todo hombre por el hecho de ser hombre–, los cataloga de innatos y universales. Los derechos democráticos son exclusivistas de un pueblo en concreto, de los ciudadanos, que se contraponen a los de otros pueblos. Son derechos políticos que se contraponen –por ejemplo, los extranjeros no pueden participar en asuntos públicos–.

Esta contraposición, lleva a analizar el texto de Norberto Bobbio *Liberalismo y Democracia*, el texto de Kelsen, *Esencia y valor de la Democracia* y *Los fundamentos de la Democracia* y el de Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*.

La contraposición más que liberalismo–democracia, en Kelsen y Schmitt, es parlamentarismo–democracia. Ambos afirman que no tiene por qué haber una vinculación entre liberalismo y democracia. Kelsen vincula el triunfo de un sistema democrático si se sigue el parlamentarismo. Ambos parten del concepto clásico de democracia: el Gobierno del pueblo y de la distinción entre:

- Concepto ideal de democracia.
- Concepto real y efectivo de democracia.

Kelsen, parte, para definir la democracia, de la libertad y Schmitt, de la idea de igualdad. Kelsen parte de la libertad porque esta idea, tiene que ver con los ciudadanos, en cambio, la de igualdad, tiene que ver con la idea de pueblo como unidad política, y para Kelsen, el pueblo no es unidad política. Schmitt, define la democracia desde la igualdad, como homogeneidad sustancial del pueblo por sí mismo, ya que parte del concepto de pueblo como unidad.

19-11-01

En Kelsen la idea de Democracia, la lucha por la Democracia, se vincula a la salvaguarda del modelo parlamentario. Ni Kelsen ni Schmitt, vinculan Democracia y Liberalismo, pero frente a la radical oposición del segundo hacia el Liberalismo, Kelsen utiliza el modelo técnico de éste –parlamentarismo– para vincularlo a la Democracia. La forma democrática, para Kelsen, es un método específico de creación de normas, cuya especificidad viene dada porque los ciudadanos participan en el proceso de producción legal. Parte de una concepción ideal tanto de la forma democrática –los ciudadanos participan en la construcción de la voluntad estatal que hace las normas–, como de la autocrática –los súbditos no participan en el orden legal que se les impone–. Pero la realidad ofrece la combinación de ambos. El modelo ideal de Democracia, en Kelsen, parte del principio de libertad. Es desde la idea de libertad como se ve la esencia del modelo democrático. Es una libertad, que se llama libertad natural, del hombre aislado en el Estado de naturaleza. Es una concepción irreal, pues los hombres nacen en un determinado ordenamiento jurídico y una determinada organización social. Es la libertad natural como autodeterminación del hombre consigo mismo, es decir, autodeterminación –o autonomía–, como que el hombre obedece a su propia normatividad. El hombre acata su propia voluntad, sus propias normas. Esta concepción no tiene nada que ver con la definición aristotélica del hombre como animal social –el hombre, por ser hombre, tiene que integrarse en sociedad, sino, o es un dios o una bestia–. Kelsen critica esta concepción aristotélica fundamentándose en Kant –libertad del individuo aislado frente a la libertad social, donde el hombre está dentro de un orden coercitivo–. Estamos en una metamorfosis de la idea de libertad –de la libertad del hombre aislado a la libertad del hombre en un ordenamiento jurídico donde su voluntad está limitada, al igual que su comportamiento–. Esta transformación, con la idea de Democracia, se parece a la metamorfosis de Kafka –el hombre como una cucaracha–. La libertad social es esa cucaracha, porque el hombre está sometido a un orden coercitivo que limita su libertad natural. Esta metamorfosis de la

libertad natural a la social, supone un cambio, una transformación de la propia idea de libertad.

En la Democracia ideal, el hombre sólo se sometería a su propia voluntad, se autodetermina con el conjunto del pueblo. Hay una unanimidad constante y permanente de su propia voluntad con la del resto. Esto es teórico, pero no práctico, algo irrealizable y por tanto, ideal. A través del principio de mayoría, por ser imposible la unanimidad constante y el cambio de la propia voluntad que quiebra la autodeterminación, la libertad natural pasa a ser social, pues la unanimidad se convierte en principio de mayoría en el modelo democrático. Pero no en la mayoría del individuo que vota, sino en una mayoría parlamentaria. Para Kelsen, el salto, necesario, a la Democracia en la práctica –Democracia real–, se explica porque las sociedades modernas se basan en el principio de división del trabajo, por lo que la Democracia directa es imposible. Esa división del trabajo –profesionalización diferencial–, se pasa al ámbito político donde aparecen profesionales de la política, frente al resto de ciudadanos que sólo son titulares de derechos políticos. El salto se da a través de la participación de los ciudadanos en las elecciones. La idea de la Democracia en las sociedades modernas se realiza a través de la participación ciudadana en la formación del órgano que construye la voluntad legal del Estado –el Parlamento–. Pero siempre hay que ver que el hombre está sometido a otros hombres –gobernantes y gobernados– pues se inserta dentro de un ordenamiento coercitivo. De ahí que Kelsen vincule su idea de Democracia en la realidad con la salvaguarda del sistema parlamentario, porque la división del trabajo, hace que este modelo sea el único que permite participar al pueblo. El problema del concepto de pueblo, para Kelsen, es que no es posible concebir al pueblo como una homogeneidad de intereses comunes. No es una masa compacta ni homogénea, sino un conjunto de intereses contrapuestos. El pueblo sólo es una realización jurídica, una unidad de ordenación jurídica a la que están sometidos los individuos y cuyas conductas regula. Objetiva el concepto de pueblo como unidad normativa. Como sujeto activo del poder, en Kelsen, el pueblo queda así a través de los titulares de derechos políticos, no como unidad, pues cada uno, tiene sus propios intereses, aunque participen en el órgano clave de la creación de la voluntad estatal –el Parlamento–. La mediación entre los titulares de derechos políticos y el Parlamento, se hace a través de los partidos políticos. De ahí que el modelo de Kelsen sea parlamentario y de partidos. Son los partidos políticos los que permiten la mediación entre el órgano parlamentario y los titulares de derechos. Esta misión/ conversión del pueblo como sujeto activo del poder es titular de derechos, transforma el pueblo en mero censo electoral. La inscripción en ese censo es lo que permite la participación en las elecciones. Por eso Kelsen, considera necesario obligar al voto, pues si esta obligatoriedad no existe, los que participan son los que se convierten en sujetos activos del poder y los demás, en objeto del mismo. El modelo de Kelsen busca la reconstrucción del parlamentarismo incrementando la participación ciudadana, fundamentalmente, a través de la importancia de los partidos políticos en esa mediación. Para Kelsen, la representación no puede ser de la totalidad del pueblo; la voluntad del Parlamento, no es voluntad popular, pues el pueblo, al no ser una unidad homogénea, carece de voluntad. La voluntad es de los parlamentarios, y no del pueblo. Éste no tiene voluntad después de votar, pero sí a través de los partidos políticos, como agrupación de electores, pues si el parlamentario no cumple con sus funciones, debe dejar el cargo, porque los parlamentarios no representan a la totalidad, sólo a los que los han votado.

Frente a esta reconstrucción del parlamentarismo que hace Kelsen, Schmitt considera que el Parlamento se ha convertido en una jaula de grillos –en una formalidad vacía que no construye homogeneidad social–, por lo que puede prescindirse de él en la Democracia. García Pelayo, en la contraposición Liberalismo–Democracia, se basa en Schmitt. Éste, tiene la clave en quién ejerce el poder y no en el cómo desde la idea liberal de la neutralidad del poder en su división. Para Schmitt, el pueblo ejerce el poder y la Democracia se sustantiviza a través de la idea de igualdad sustancial que hace posible la distinción entre ciudadanos y extranjeros. La Democracia en Schmitt, es la forma política que corresponde al principio de identidad del pueblo consigo mismo que, al ser consciente de su existencia, forma una unidad política. El concepto de pueblo, tiene una idea ontológica de titular real del poder constituyente, pero como unidad, trasciende de la suma de sus constituyentes.

La igualdad sustancial del pueblo, a partir del siglo XIX, la homogeneidad sustancial tiene que ver con la idea de nación –es una homogeneidad nacional–. Frente a los vínculos anteriores, a partir de las revoluciones burguesas, el vínculo es la nación como homogeneidad de intereses. Esa homogeneidad sustancial significa

que no existen diferencias cualitativas –mayor saber, mayores bienes, etc.–, entre gobernantes y gobernados. Son idénticos en esa homogeneidad. La homogeneidad nacional –la igualdad sustancial–, es la base del resto de igualdades jurídicas, son su consecuencia. Es decir, igualdad formal ante la ley. El artículo 14 de la Constitución, no habla de igualdad ante la ley de todos los hombres, sino de los españoles –los extranjeros no son iguales ante la ley–. Esta igualdad sustancial no es la igualdad universal de los derechos fundamentales del hombre, del liberalismo, sino que tienen que ver con la vinculación de ese hombre a un pueblo, a una unidad política que se convierte en Estado nacional. Hablar de homogeneidades sustanciales, es una suposición, porque la homogeneidad total es irrealizable. La supuesta homogeneidad de la voluntad se convierte en que cada uno, tiene su propia voluntad.

Para desarrollar la homogeneidad sustancial, para plasmarla en la práctica, Schmitt presenta dos posibilidades/soluciones para que la homogeneidad se vincule y refuerce:

1. Respuesta del Derecho Internacional, pues busca la protección de las mayorías. Aunque no pone en cuestión la homogeneidad en la nación, protege a las minorías de un Estado–nación, al trasladarlas los derechos individuales y fundamentales del hombre.
2. Destrucción de lo heterogéneo: Schmitt menciona sin valoración negativa esta solución más rápida y eficaz, sin juzgarla. Lo esencial de la Democracia de identidad, es tratar a lo igual, de forma igual, pero con la consecuencia inevitable de tratar de desigual forma lo que es desigual. Lo heterogéneo se puede eliminar, por tanto lo propio de la Democracia es lograr la homogeneidad nacional –la identidad del pueblo consigo mismo, y en segundo lugar, la destrucción de lo heterogéneo si es necesario–.

La Democracia pura –homogeneidad total–, es en Schmitt, también ideal, pues es imposible realizarse en la práctica. Por ello, el principio de identidad necesita la representación. Hay una suposición de homogeneidad, pero el desarrollo democrático precisa del principio de representación. Schmitt, concibe al pueblo como unidad política que tiene una voluntad, por ello, la representación o es de toda la comunidad o no es nada. En Schmitt la clave está en que la idea de representación lo es de la totalidad del pueblo. En el período de entreguerras, el Parlamento es heterogéneo y se caracteriza por la lucha partidista. Deconstruye la homogeneidad pues establece intereses distintos. El Presidente de la República, es representante de la totalidad del pueblo, por su elección directa y es éste quien expresa la voluntad popular, comportándose como una solución coyuntural.

En la construcción de la Democracia en la realidad, Schmitt necesita la representación, pero Schmitt repudia la votación secreta y directa por ser un principio liberal y no democrática. Esta votación convierte al ciudadano en individuo privado que vota siguiendo sus propios intereses y no los de la homogeneidad nacional. Por tanto, esa votación no puede construir una unidad política, ni una homogeneización. Tampoco construye la mayoría, sino que da un plus de poder a las minorías. Para Schmitt, si en la votación, por ejemplo, se dan un 52% por un lado y un 48% por otro, no hay una mayoría que triunfe una sobre la otra, sino que hay un empate de mayorías –ambos porcentajes serían el 48%–. Decide entonces, la minoría del 4%. Pero esto, no es para el Presidente de la República.

20-11-01

Mortati dice que Schmitt define el pueblo como titular del poder constituyente y al soberano, como aquel que decide en el caso excepcional y con su decisión crea derecho. La suposición de homogeneidad es el dato previo y lo que queda, es el ejercicio de la representación de esa homogeneidad. Se aboca a que se hable de la titularidad del pueblo del poder constituyente, pero que en realidad, aparece un tomador de la decisión –según Mortati, líder o Führer–. Éste es el único total, omnipotente decisor político.

Schmitt dice que el problema de la unidad nacional del pueblo alemán –sociedad desarrollada y tecnificada– se supera a través del movimiento, del partido nacionalsocialista empeñado en recordar la unidad biológica

–base étnica y racial–. Frente a la dispersión de Weimar, el nacionalsocialismo, ha resuelto, según Kelsen, el problema de la unidad nacional. El nazismo debe asegurar y garantizar la defensa de la esencia biológica de la unidad nacional. Esto se hace con la identificación del partido con el Estado, a través del partido único, fuertemente jerarquizado, cuya cabeza –Führer–, concentra el poder. De ahí, que Schmitt afirme que el Führer defiende el derecho, pues crea de la nada el derecho. Schmitt busca la superación de las concepciones débiles de la Democracia liberal. Repudia las lecciones y habla de la selección de los líderes. El Führer personifica la unidad nacional. El objetivo de la concentración de todo el poder en un individuo, se resume en Schmitt en dos palabras: unidad y pureza del pueblo alemán:

* Unidad: servir a la unidad para superar los contrastes perniciosos en Alemania de confesiones y clases y servir así a la pureza.

* Pureza: significa luchar contra la degeneración biológica y moral del poder y pueblo alemanes, conservando la sustancia y esencia de la sangre y la tierra.

Apoyándose en estas concepciones, Schmitt se convirtió en un pensador fuertemente criticado. Surge una crítica conciliadora que afirma que la etapa nazi de Schmitt, es en realidad un artificio para plegarse al nuevo poder. Son un añadido a su Teoría, pero un añadido artificial que no aporta nada a la misma. Esto, tiene parte de verdad, porque la homogeneidad nacional en entreguerras, no se refiere a una base biológica, pues la base, fundamentalmente, es cultural y no racial. Es una homogeneidad de tinte intelectual y no étnico. Schmitt no es puramente áreo, tiene ascendentes servios y además, es católico –minoría en Alemania–. Schmitt no tiene escritos en contra de los judíos y su influencia sobre el nazismo fue efímera, pues los nazis eran conscientes de la artificialidad de su Teoría. En el Estado/ movimiento/ pueblo, el partido no se hace con el control del Estado, pues éste, para Schmitt, está por encima de aquél. Esta situación de Schmitt, vista con recelos por el nazismo, le lleva a una tesitura: o plantearse la confrontación o el ocultamiento. No se planteó el rechazo frontal, pasó a una etapa de intentar pasar desapercibido. Su influencia sobre el nazismo fue nula. De ahí que Schmitt, cuando se le juzgue después de la Segunda Guerra Mundial en los juicios de Nuremberg, se defina como epítome cristianizado –destino ineludible: él no influyó en el ascenso del nazismo ni en su desarrollo–.

Vista cómo quedó la Teoría de Schmitt, Kelsen afirma la lucha del parlamentarismo y la vincula con la lucha por la Democracia –sin el primero, la segunda es imposible–. En la reconstrucción del parlamentarismo de Kelsen, éste quiere poner en cuestión las doctrinas ficcionales del parlamentarismo liberal. La ficción principal es la ficción de la representación– Ésta, para Kelsen, viene dada porque oculta la restricción de ideal democrático. El ideal de la Democracia es que la voluntad estatal se exprese mediante la reunión del pueblo en su conjunto. Pero como esto es imposible, se oculta diciendo que con el Parlamento es posible, a través del cual se expresa la voluntad política, concibiéndose así la ley como voluntad popular, apareciendo la ilusión de que el pueblo es el legislador a través de ese órgano parlamentario. Esto se produce porque el mandato representativo hace que el pueblo esté representado por todos los electos, pero no existe responsabilidad política. Son independientes porque no están sujetos a sus electores. Esta tesis liberal es la que Kelsen pone en evidencia: es la ficción de la representación en el modelo liberal.

En la Teoría de la representación de Kelsen, tiene que haber dependencia de los electos respecto a los electores. Esta Teoría, según Kelsen, habla de dos voluntades y la extrae del derecho privado. Como no hay pueblo como unidad política, los representantes no pueden serlo de la totalidad de esta unidad, pues el pueblo no es unidad. Se busca la vinculación entre representantes y representados, apareciendo así dos voluntades: una de los representantes y otra de los representados –ésta depende de la primera–. Esta vinculación entre los votados y sus votantes, se hace a través de los partidos políticos. Éstos, tienen un mandato imperativo sobre sus cargos, sobre sus electos. Es decir, frente a la imposibilidad del mandato imperativo en el modelo liberal, los partidos políticos podrán obligar a que los cargos adopten las decisiones que creen oportunas. En la ficción de la representación liberal frente al derecho privado, no hay responsabilidad jurídica del representante y no está obligado a seguir las instrucciones del representado. La única responsabilidad es política –no salir elegidos en las próximas elecciones–. Esto es lo que quiere quebrar Kelsen y, aunque después de la Segunda

Guerra Mundial se siga la ficción de la representación –el representante lo es de la totalidad y no de sus votantes–, en realidad, se ve la existencia de un mandato imperativo en la práctica parlamentaria de los partidos respecto a sus cargos que, obedecen las instrucciones de dichos partidos. Aunque Kelsen, pone en evidencia una ficción contrapuesta con la realidad, también construye una ficción, porque en su concepción de los partidos políticos como agrupaciones de electores, como formas de participación de los titulares de los derechos políticos, se muestra ingenuo, al afirmar dicha dependencia, pues los partidos son algo más que agrupaciones de electores, ya que en ellos, hay oligarquías. Los partidos son organizaciones muy jerarquizadas que no tienen nada que ver con la concepción ingenua de agrupaciones de electores –Schumpeter–. Kelsen define el parlamentarismo: construcción de la voluntad normativa del Estado a través de un órgano colegiado elegido por el pueblo –es decir, democráticamente por ser titulares de derechos políticos, tienen un derecho al sufragio universal e igual; ésta, es la elección del pueblo– y que adopta sus decisiones según el principio de mayoría.

Kelsen se refiere a la construcción del proceso legislativo, de las leyes entendidas como normas generales –voluntad normativa del Estado–. Esto ha quebrado porque sería de parte de la voluntad normativa del Estado, pues el Parlamento ha perdido la exclusividad legal y la ley, no se entiende como norma general, pues existen, por ejemplo, leyes particulares y reglamentos generales. La concepción democrática es la participación ciudadana, aunque sea indirecta, a través de los partidos políticos y de sus representantes –éstos, los son de sus votantes exclusivamente–. Pero estamos en un modelo de crisis de la representación. El mecanismo de adopción de la decisión por el Parlamento, es el principio de mayoría, pero en la reforma del parlamentarismo de Kelsen, para que el modelo sea verdaderamente democrático, este principio debe entenderse como protección de la minoría, como no imposición de la mayoría simple sobre las minorías. Se convierte en el principio de mayoría–minoría, pues afirma la idea de un compromiso entre ambas. Las minorías pueden ser mayorías en las siguientes elecciones, tienen reconocidos sus derechos y determinadas leyes, requieren mayoría cualificada para su aprobación –influencia en esa mayoría de la minoría–.

En este modelo de Kelsen, aunque reniega de la homogeneidad nacional como unidad total, para que la Democracia se realice, necesita una homogeneidad cultural –que las minorías se vean con capacidad de influencia través de mecanismos que las integran en el construcción del ordenamiento jurídico–.

Esta división social del trabajo, la diferenciación de Weber –división profesionalizada del trabajo– que recoge Kelsen, en la práctica, muestra que la clave es la Administración, pues el Parlamento, se convierte en un órgano de la misma. La voluntad normativa del Estado la construye la Administración –el Gobierno–. El Parlamento sería un órgano suyo y su poder, estaría debilitado.

26-11-01

CONCEPTO DEL VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Los valores superiores del ordenamiento jurídico es una formulación iusnaturalista renovada que se recoge en la Constitución a imagen del iusnaturalismo renovado recogido en la Ley Fundamental de Bonn –artículo 1.1 de la Constitución española–. La clave está en que esos valores no son conceptos que están fuera, sino que la Constitución se integra dentro del ordenamiento jurídico y éste, está informado por esos valores en los que se inspira. La doctrina del Tribunal Constitucional no distingue de forma clara los valores superiores de los principios constitucionales –artículos 9.3–. No se diferencia por la doctrina constitucional estos conceptos, lo que conlleva a que las características de ambos hacen que juntos, formen un todo, por lo que no pueden entenderse de forma individual. Forman un todo interrelacionado cuya función es informar al ordenamiento jurídico.

Jorge de Esteban recoge otros valores, considerándolos previos a la Constitución, pero que ésta, los recoge:

* Artículo 10.1: dignidad de la persona. Es el principio del Estado de Derecho. Derechos naturales

preexistentes a la propia formación del Estado, el cual, se fundamenta en su salvaguarda.

* Artículo 2: la unidad de la nación española como fundamento ontológico de la Constitución misma.

Pero tenemos que preguntarnos si esos valores y principios constitucionales se entienden como normas de ampliación directa. Al principio, parte de la doctrina contestaba que no –Hernández Gil–, no tenían vinculación directa. Pero a partir de García de Enterría, se entiende que toda la Constitución tiene aplicación directa. García de Enterría dice que los valores superiores, al igual que el resto de los preceptos de la Constitución, son normas de aplicación directa. La doctrina del Tribunal Constitucional dice que estos valores y principios pueden bastar para promover recursos o cuestiones de inconstitucionalidad. Por tanto, podrían dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una ley que los inculcara.

Pero los valores no son conceptos meta jurídicos –no están fuera de lo jurídico–, sino que son positivizados, es decir, se proyectan en el ordenamiento jurídico, empezando por la propia Constitución. La regla general es que se pueden promover esos recursos o cuestiones de inconstitucionalidad en las leyes anteriores a la Constitución, estos valores, la derogarían. Pero, con las leyes posteriores a la Constitución, como valores positivizados, no se puede acudir directamente a ellos, sino a la proyección que de esos valores, recoge la Constitución. Según Kelsen, en su artículo de despedida como docente (¿Qué es la justicia?), los valores no son conceptos absolutos, específicamente, la idea de justicia. Si se conciben como absolutos, justificarían cualquier ordenamiento social, están vacíos de contenido. Kelsen no niega su existencia, pero afirma que los valores, son conceptos relativos, están relativizados, es decir, sirven para un espacio y un tiempo concretos. Existen en todo orden jurídico–positivo. Esta respuesta, también la da el Tribunal Constitucional cuando dice que no son conceptos meta jurídicos, sino valores ideológicos que no dicen nada y que tienen que positivizarse, tienen que transformarse en un valor jurídico –ésta, es la justificación de la necesidad de su positivación–, plasmándose así en la Constitución y en el ordenamiento jurídico. Los valores superiores proyectan su carácter normativo a través de dos tipos de vinculaciones:

* Vinculación legislativa en el proceso de creación de las normas: la producción normativa debe inspirarse en estos principios, pero ya desde la positivación que hace de los mismos la propia Constitución. Se vuelven a positivizar y desarrollar de nuevo a través de la producción normativa.

* Vinculación ante la jurisdicción –jueces, magistrados y tribunales–: los tribunales interpretan las normas teniendo presentes los valores del ordenamiento jurídico, recogiendo así el artículo 5 de la ley orgánica del poder judicial –los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos teniendo en cuenta los principios de la Constitución y los preceptos constitucionales (pero no directamente, sino conforme a la interpretación que haya dado el Tribunal Constitucional de los mismos)–. Como principios, también puede entenderse valores superiores del ordenamiento. La interpretación de lo que sean los valores superiores, viene dada por la positivación de la Constitución, la cual, se interpreta por el Tribunal Constitucional y los jueces, cuando aplican las leyes y las interpretan, tienen presentes ambas concepciones.

La positivación de estos valores, se recoge en el Título Primero de la Constitución:

* Libertad: libertad de culto, confesión, credo, sindicación, personal, de mercado, expresión..., etc. Hay que acudir a estas distintas libertades.

* Justicia: aparte de la denominación de jueces y magistrados –independientes por su dependencia a la ley–, la justicia, aparece en el artículo 24 –proyección más garantista y tutelada de la justicia–.

* Igualdad: aparte de la formal, artículo 14, igualdad ante la ley, la material/ sustancial, aparece recogida en el artículo 9.2.

La proyección se encuentra en el Capítulo Tercero. Esta vinculación de los valores, según la doctrina, viene

dada por la garantía de los derechos fundamentales del artículo 53 de la Constitución. Los principios rectores de la política social y económica, no son normas perfectas, como los derechos, porque no tienen vinculación directa y validez jurídica inmediata.

* Pluralismo político: se debe entender como un principio de organización político-jurídica que viene determinado por el concepto de unión. La pluralidad política se determina dentro de la unidad política. Sirve al Tribunal Constitucional para interpretar la distribución vertical del poder, es decir, el propio principio de autonomía que sería el resultante del pluralismo político. Pero si éste se determina dentro de la unidad política, el principio de autonomía queda inserto en esta unidad –es una parte dentro de un todo, es decir, una pluralidad dentro de la unidad–.

Aparte de esta interpretación, aparece la positivación de este pluralismo político a través de los partidos políticos –artículo 6– y los sindicatos y/o agrupaciones empresariales –artículo 7–.

El artículo 6 –constitucionalización de los partidos políticos–, significa la transformación de los partidos políticos en instrumentos del sistema electoral. Los partidos políticos construyen una mayoría a través del modelo electoral. En este artículo se ve esta conversión en maquinaria electoral de los partidos políticos, pues afirma que los partidos expresan el pluralismo político, concurren a la manifestación/ formación de la voluntad popular (...), es decir, expresan el pluralismo político. Son el principio de organización que manifiesta el pluralismo político a través de la competencia electoral entre partidos.

Voluntad popular que se configuraba como el principio democrático la ley como expresión de la voluntad popular. En su concurrencia, los partidos políticos son la pieza clave de la decisión política en voluntad normativa. Los partidos políticos expresan la voluntad popular a través de la producción normativa. Facilitan que la decisión política se convierta en la decisión normativa. También se afirma que la concurrencia hace referencia al principal instrumento de la participación ciudadana en los asuntos públicos. Se ve de nuevo la conversión del pueblo en censo electoral. Sin embargo, aunque esta era la idea de la reconversión del parlamentarismo que lanza Kelsen –partidos políticos como mediación entre electores y elegidos–, no cumplen la mediación real, porque los representantes, lo son de la totalidad del pueblo y no de sus electores, poniéndose de manifiesto que la ficción liberal de la representación que ponía de relieve Kelsen, sigue vigente.

Cuando Garrido Falla comenta los valores superiores del ordenamiento jurídico y en concreto el pluralismo político, dice que aunque no existiese el artículo 6, el artículo 1.1 sería suficiente, quizá, para declarar inconstitucional una ley que estableciera el partido único. Este quizá hace referencia al hecho de que lo que es posible, puede, en un futuro, realizarse. Esto da a entender, independientemente del quizá, que el pluralismo político se inserta dentro de un modelo de unidad determinado y que, el modelo actual del pluralismo, se asemejaría a un modelo de partido único, porque son distintas opiniones que se insertan en esa unidad. La cantidad de partidos que hubo en la transición, convirtieron la pluralidad en pluralidad matizada, pues los partidos que no se insertaron en esa unidad/ sistema, desaparecieron, pues no tenían los derechos de los partidos insertos en el sistema.

Respecto a la justicia, Garrido Falla, dice que toda norma jurídica se dicta con una visión de justicia. Aquí se recoge su concepción de Estado de Derecho: eliminación de la arbitrariedad y una idea de justicia. Según como se entienda el Estado de Derecho, todo Estado puede ser de derecho o no, pero toda norma, busca, ideológicamente, realizar una idea concreta de justicia, como concepto absoluto que se positiviza, relativiza y determina en esa concepción. Garrido Falla quiere constreñir el plus de poder que se le otorga al Tribunal Constitucional por la inclusión de los valores superiores en el artículo 1.1, cuando afirma que sería arriesgado que el Tribunal Constitucional considerara inconstitucional una ley injusta. La conclusión sería que no se constitucionalizasen, para evitar el plus de poder del Tribunal Constitucional, pues éste, tiene una idea de justicia, ya que interpreta la Constitución.

ARTÍCULO 1.2 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

De este artículo, hay que estudiar:

- Concepto de soberanía.
- Concepto de pueblo.
- Concepto de nación.
- Concepto de poderes del Estado.

Soberanía y pueblo, plantean dos problemas:

- Titularidad de la soberanía.
- Ejercicio de la soberanía.

La soberanía puede identificarse con el poder, el pueblo como titular del poder constituyente, que debe manifestar su poder a través de cauces de ejercicio del mismo. El artículo 1.2 no recoge el concepto de soberanía popular. Recoge el concepto de soberanía nacional.

El artículo 1.2 dice que esa soberanía nacional, reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado. De él emanan los poderes, pero no los ejerce. No son poderes del pueblo, sino del Estado, lo que significa una conversión de lo constituyente en lo constituido. El poder del pueblo se ha constituido en poderes del Estado, son poderes constitucionalizados que emanan del pueblo.

El ejercicio del poder se realiza a través de la forma política del Estado –artículo 1.3–. Ésta, es la monarquía parlamentaria. Monarquía que, históricamente tiene una legitimidad distinta y contrapuesta a la legitimidad democrática/ popular. En el problema de la legitimidad del poder, se distingue:

– Legitimidad histórica dinástica: la legitimidad la da Dios.

– Legitimidad inmanente/ democrática: el poder lo detenta el pueblo. Lo ejerce a través de la fórmula parlamentaria –el principio democrático se realiza a través del principio parlamentario, porque las Cortes Generales representan al pueblo español.

Este modelo parlamentario significa que ese principio democrático/ legitimidad del poder en el pueblo, en su conversión en el modelo parlamentario, hace que el pueblo ejerza el poder a través de su representación en el Parlamento –artículo 23–, produciéndose la conversión del pueblo en ciudadanos titulares de derechos políticos.

27-11-01

Para Carlos Ollero el concepto de soberanía nacional corresponde al Estado liberal censitario histórico, mientras que el de soberanía popular, atañe al Estado democrático moderno. El artículo 1.2 afirma que el sujeto es el pueblo, sin embargo, se predica para el pueblo algo que se ha concedido a otro sujeto, pues la soberanía se ha calificado como nacional. Aparece así que la soberanía de la nación reside en el pueblo español. Por tanto, se recoge la soberanía nacional y no la popular.

La soberanía nacional como calificación de la soberanía se realiza históricamente en las revoluciones liberales: americana y francesa. Se contraponen la visión de la soberanía de:

* Rousseau en El Contrato Social: la soberanía es popular y la voluntad del pueblo no puede estar representada, o es la voluntad del pueblo o es otra cosa –esta otra cosa sería la soberanía nacional porque necesita la representación–.

* Sièyes con El Tercer Estado: habla de un cambio de la titularidad en el que la nación asume la titularidad de la soberanía y no del pueblo. La legitimidad no se traspasa al pueblo, sino a la nación como concepto identificado por una parte del pueblo. La burguesía se identifica con la nación, es consciente de su conciencia política, por lo que quiere alcanzar al poder. Pero frente al poder absoluto del Rey, hablará del poder del pueblo. Sièyes, para Schmitt, ligaría una doctrina antidemocrática y otra democrática:

a. Democrática: el poder constituyente del pueblo, de la nación.

b. Antidemocrática: la necesidad de la representación, que el ejercicio del poder sólo pueden hacerlo los representantes y que la voluntad popular sólo puede expresarse a través de la Asamblea.

El principio de identidad como principio democrático, es lo que postula Rousseau, por lo que no da entrada a la representación. El principio de representación absoluta, significaría entonces que todo el poder, lo es del Rey. El Estado liberal censitario, combina ambos modelos. La soberanía nacional pretende legitimar el poder de la burguesía identificada con la nación, y en consecuencia, se establece el sufragio censitario. Una minoría se identifica con la nación, pues adopta la forma de ser y organización de ese Estado.

En Sièyes, estamos ante:

- El término nación: al que se le atribuye un poder inalienable, absoluto e independiente que no está sujeto ningún procedimiento formal normativo. De él procede toda la legalidad. Nos encontramos bajo el contexto del Derecho natural.

- El Gobierno: con éste estaríamos en el Derecho positivo, que ejerce sus poderes dentro de la propia legalidad.

La distinción sería entre poder constituyente –no está sujeto a ninguna legalidad o procedimiento normativo, pues es el origen de los mismos– y poder constituido –continúa esa legalidad, pero dentro del marco establecido–. El poder constituyente, no puede expresarse y de ahí, la necesidad de la representación.

Esta concepción de Sièyes, aparece en la Constitución de 1812, en el artículo 3 –soberanía de la nación–; en el artículo 1 –definición de nación: reunión(carácter hipotético) de todos los españoles de ambos hemisferios–; y en el artículo 27 –las Cortes son la reunión (es posible) de todos los diputados que representan la nación. Así, la concepción nacional desvirtúa el principio democrático encontrándonos así en el modelo burgués de derecho.

El artículo 2 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, también hace referencia a la soberanía –la soberanía es única e indivisible–. Esta es la soberanía que se pretende subrayar en la Constitución de 1978. El artículo 6 hace referencia al Jefe del Estado –es el representante supremo de la nación, personifica la soberanía nacional (...) y garantiza el funcionamiento de los altos órganos del Estado–. Aquí se recoge la rama más totalitaria del pensamiento de Schmitt –necesidad de la representación personificada en un individuo: Führer–.

En el articulado de la Constitución de 1978, aparece la necesidad de combinar los artículos 1.2, 23 y 66. Los poderes del Estado emanan del pueblo español. La forma del Estado es la monarquía parlamentaria y el sistema parlamentario, se desarrolla a través de las Cortes Generales. Aquí, el representante, al igual que los senadores, lo es de la totalidad del pueblo y no de los electores. ¿Y los senadores de las Comunidades Autónomas? La respuesta es de la totalidad del pueblo.

En esa relación entre esos artículos, se articula la conversión del pueblo en titulares de derechos públicos y políticos. Actúan de forma indirecta a través de las elecciones y son los representantes los que actúan directamente. La crisis de la representación ha llevado a las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial a modificar los mecanismos de representación. Estamos hablando del artículo 20.2 de la Ley

Fundamental de Bonn, del artículo 3 de la Constitución francesa, el artículo 1 de la italiana y el artículo 3 de la portuguesa. Después de definir el concepto de soberanía de distinta manera, resuelven el problema de la Democracia a través de una concepción técnica que posibilita instrumentalmente la representación ciudadana –mecanismos de elección, votaciones, referéndum o como la italiana y portuguesa, el ejercicio de la soberanía determinado dentro de los límites de la Constitución–. Esto rompe con la concepción democrática, porque en ella, el poder constituyente del pueblo, no está sometido a ningún límite, ni siquiera a los constitucionales.

El concepto del que emanan los poderes del Estado si se hubiera recogido de una forma simple, hubiera sido una tautología, porque por ejemplo, según Carlos Ollero, hubiera significado que no habría necesidad de decir que los poderes emanan del pueblo, la forma simple, ya lo diría por sí sola. La explicación de esta redundancia, es la adjetivación nación. Es la intención política de subrayar la unidad de la nación española, apareciendo en la relación de artículos, el 2. La soberanía nacional es indivisible e indisoluble, enfrentándose así al término nacionalidades/ pueblos/ regiones, pues como única, significa que los distintos pueblos lo son dentro de la unidad española. Garrido Falla recuerda la concepción del PNV en el proceso constituyente y menciona la referencia de Arzalluz la soberanía reside en los pueblos del Estado y el Estado, asume la soberanía a partir de ellos. Esta concepción que no recoge el texto constitucional es rechazada por el ponente Pérez Llorca que afirma que la soberanía es indivisible y que por ello, no se contradice con los derechos históricos de los pueblos españoles. Según Garrido Falla, esta indisolubilidad, predeciría el concepto de autonomía. Arzalluz también habla de autonomía, pero de una que conlleva a la autodeterminación. Pero la autonomía que recoge la Constitución, no implica este principio, pues la unidad es la que define la autonomía, la cual, existe dentro de un todo.

La concepción que recoge Arzalluz es una tergiversación histórica, porque la soberanía que se recoge no pertenecía al pueblo, pues la titularidad, pertenecía a los Reyes. El cambio de titularidad del poder del Rey a la nación, se realiza cuando ya están constituidos los Estados. Es un cambio de titularidad dentro de un Estado ya existente. Es un cambio desde el Rey a la burguesía como identificación de la nación.

Soberanía nacional reside en el pueblo español –artículo 1.2– ha sido muy criticado. Reside muestra una idea estática de permanencia, el pueblo sería la residencia/ domicilio pasivo de la soberanía. Sin embargo, residir es un término de raigambre histórica: Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1779, la Constitución de 1812..., etc. El término emana –recogido por la Constitución de 1931, la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución de Weimar–, tiene una connotación más dinámica, pero también más simbólica y metafórica, pues muestra al pueblo como una fuente de la que emana la soberanía. Por eso Ollero considera más adecuado el verbo pertenece la soberanía pertenece al pueblo. Este es el término usado por la Constitución francesa y la italiana. Pertener, da la connotación dinámica porque introduce un sujeto que tiene propiedad/ posesión: el pueblo como sujeto activo que va a ejercer la soberanía.

El término pueblo aparece calificado de manera inédita respecto al Derecho comparado como pueblo español. Esta calificación aparece para reforzar de nuevo la unidad española. Para reforzar la tensión entre unidad de la nación española y su expresión del pueblo español frente al reconocimiento de otras nacionalidades y pueblos integrados en dicha unidad. Pero este subrayamiento se hace de manera confusa. De ahí que Ollero proponga una manera más simple: la soberanía, una e indivisible, pertenece al pueblo. Ninguna fracción del pueblo ni ningún individuo podrán atribuirse su ejercicio. Esta propuesta es la imagen, aunque sin recoger el término nacional –ni la resolución del problema democrático que realiza la Constitución de Francia a través del mecanismo de participación ciudadana–, del artículo 3 de la Constitución francesa. Esta propuesta clarificaría la confusión que existe en la Constitución del 78.

CONCLUSIÓN

La titularidad de la soberanía lo es de la nación española como unidad, sin perjuicio del reconocimiento de nacionalidades y regiones con derecho a autonomía. Pero este reconocimiento no implica la existencia de una soberanía fragmentada o compartida. Por consiguiente, no hay derecho de autodeterminación. La autonomía

puede llegar hasta donde quiera, pero siempre dentro de los límites que impone la unidad.

La soberanía nacional no puede entenderse dentro del contexto Estado liberal censitario de derecho, pues con la Democracia, aparecen los mecanismos de participación de los individuos en los asuntos públicos, apareciendo el sufragio universal.

En el Derecho Comparado, las Fuerzas Armadas o no se recogen o se recogen en artículos finales, pero no en el Título Preliminar como el caso de la Constitución de 1978 que dice que están encargadas de vigilar el cumplimiento y respeto de la autonomía. Se recoge aquí para subrayar de nuevo del origen de la Constitución en el funcionamiento de la unidad española. Esta misión de las Fuerzas Armadas, garantizar la integridad, no la ejerce unilateralmente, sino que están bajo la dirección del Gobierno –artículo 97: el Gobierno dirige la política, la Administración civil y militar–. Pero aquí, hay una salvedad, porque quien ejerce el mando supremo de las Fuerzas Armadas es el Rey –artículo 62–. Pero ¿qué ocurrirá en el supuesto de fricción entre la voluntad regia y la voluntad del Gobierno? Lo mejor es acudir a los textos de los militares: la respuesta es el Rey.

En realidad estamos ante una crisis absoluta del concepto de soberanía, por lo que no podemos aferrarnos al modelo de Estado que afirma la fuerza de la soberanía en el interior y la independencia de la misma, en el exterior, porque este Estado, no existe. Para entender esto, hay que hablar, en este sentido, de la supranacionalidad y el traspaso de competencias a ésta, recogido en el propio articulado de la Constitución. Estamos ante una crisis del Estado, en la que hay que replantearse el modelo del mismo.

3-12-01

CRISIS DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN EL SIGLO XX.

Esta crisis engarza con la crisis del Estado burgués de derecho. Mortati identificaba la Teoría de la Constitución con la Teoría de las fuentes del derecho. El clásico Estado de derecho establece una doctrina de las fuentes del derecho, en la que la producción monopolista del Estado, el derecho es la norma, se identifica con la ley, pues la norma, es sólo la ley. La ley se define por su característica clave de generalidad. Cuando se fortalece la idea de la Democracia, esta ley, se identificará también con voluntad popular o general –la ley tiene un carácter general y es el enunciado de la voluntad estatal, que es igual a la popular–.

La extensión del sufragio a universal, la división del trabajo, y, vía sociedad de masas, el incremento de demandas sociales al Estado, hace que la doctrina tradicional de las fuentes del derecho, se convierta en formalidad. El positivismo como formalidad –una sola ley, un solo órgano, el Parlamento, y un solo procedimiento, la mayoría simple–. Este modelo, basado en el triple axioma, de legalidad, imperio de la ley, era posible en una situación de normalidad política, es decir, cuando se identificaba con una homogeneidad social, una comunidad de intereses –el liberalismo burgués–. Cuando esto existe, se puede mantener el modelo de legalidad del Estado burgués de derecho. Pero este modelo quiebra. Se busca entonces, resolver el problema de la unidad, sin seguir apegados al imperio de la ley como norma general. Se ven así dos posibilidades:

- Seguir aferrados al sistema tradicional de fuentes.
- Abandono de esta noción de fuentes del derecho, superando el clásico Estado, soberano, territorializado: el Estado nacional. Ésta es la opción de nuestros días.

Nos encontramos así con un doble proceso convergente y paralelo:

A. Crisis del iusnaturalismo, del positivismo –abocado a la formalidad–, la crisis del Estado liberal de derecho y la superación de este Estado por otro modelo de Estado.

B. Crisis del propio concepto de Estado, identificado con el monopolio de la coacción, en última instancia, de la producción legal.

El fortalecimiento de la idea de Democracia y la introducción de la sociedad de masas, posibilitan la superación del Estado liberal de derecho, surgiendo la crisis del constitucionalismo, vinculado a este Estado liberal, el cual, era:

- Pasivo: neutral en lo económico. Abstencionista.
- Limitado: sus fines son la salvaguarda de los derechos fundamentales. Diferenciación entre sociedad y Estado, por lo que sus poderes están divididos.
- Parcial: sus medios son reducidos. Es un Estado débil que deja a las fuerzas sociales, el desarrollo de lo económico.

Este modelo entra en crisis en el período de entreguerras, pasándose entonces, al Estado democrático y social de derecho:

- Democrático: porque se pasa del sufragio censitario al universal.
- Social: porque es un Estado de economía. Es activo en lo económico, abarcando todo el campo de las actividades humanas. Es un Estado ilimitado en sus fines y total, porque se identifica con la propia sociedad. Este Estado no se entiende como totalitario, aunque en el período de entreguerras, hubiera modelos de este tipo. Total se refiere entonces, a la extensión de las atribuciones estatales, anteriormente, en manos privadas. Pero también entra en crisis por el intento de superación de la propia perspectiva estatalista –insertar el Estado dentro de un orden superior–. Se intenta superar la concepción de la soberanía terrible en el interior e independiente en el exterior, pues aparece la dependencia de los actores políticos, con capacidad de producción normativa, entre sí.

La salida a la crisis del Estado liberal de derecho se dio, aparte de las respuestas totalitarias a la misma, tras la Segunda Guerra Mundial, aunque se perfila antes. Aparece así un modelo de Estado que se conjuga como Estado de Economía, es un Estado fuertemente económico. Este modelo es un Estado burocrático–administrativo, de partidos, y en el que el centro de la política, pasa del Parlamento al Gobierno. Materialmente, es Estado de Economía, que incrementa sus competencias dejando de lado el papel predominante del Estado, para ceder el principal papel a la Administración. Es en la Administración donde se delimitan los nuevos modelos de producción legal.

Pero esta salida, entra también en crisis en los años sesenta –setenta, porque el propio concepto de Estado como monopolio de creación legal entra en crisis, influyendo además, su inserción en organizaciones supraestatales. La cualidad clave de la soberanía es la creación y derogación de las leyes. Hoy, podemos decir que el Estado ni monopoliza la violencia –coacción en el sentido tradicional–, ni la decisión política –que, según Schmitt, se usa para crear las leyes–. La clave sería entonces, resituar el papel del Estado en los nuevos procesos que superan el marco estatal. La homogeneidad viene dada por el proceso económico, surgiendo la globalización de la economía. Al globalizarse, lo económico no puede concebirse de forma exclusiva desde un punto de vista estatal. Al ocurrir esto, el Estado pierde el monopolio de la creación legal.

En esta doble crisis, los pensadores dan respuestas, desde un punto de vista estatal y después de la Segunda Guerra Mundial, desde el Derecho Internacional, superando el marco del Estado:

- Estatual: se da a la propia crisis del Estado liberal de derecho.
- Derecho Internacional: respuesta a la crisis de la soberanía.

En la crisis del Estado liberal de derecho, los juristas de entreguerras destacan a Kelsen y Schmitt. Éstos, siguen idealizando el concepto de Estado. Es desde el Estado, desde el que analizan el derecho y el origen/ fundamentos del mismo. Pero son antagónicos en su concepción de la soberanía. En su respuesta a la crisis, Kelsen, repudiará el concepto de soberanía y Schmitt, partirá de él.

En Kelsen, el concepto de soberanía como característica del poder del Estado con el que se identifica, se transforma en la validez del ordenamiento jurídico. Kelsen rechaza el concepto de soberanía por ser un juicio de valor. Al rechazarlo, define el poder como la validez del orden coercitivo eficaz en términos generales. No hay más soberanía que ésta. Sin embargo, en esta concepción de Kelsen, su respuesta es una Teoría monista, pues si el concepto de soberanía sigue utilizándose, llegamos a que o bien se opta por que el ordenamiento jurídico soberano es el de nuestro propio Estado –no el de los demás–, o bien, por la inserción de los propios ordenamientos jurídicos en un ordenamiento jurídico internacional, interestatal –universal–. Desde un punto de vista personal, dice Kelsen, aunque científicamente se pueda optar por ambas, la validez de los Estados, viene dada por el propio Derecho Internacional. El problema de la unidad se resuelve así, desde el punto de vista internacional.

Por otro lado, Schmitt parte de su concepción positiva de la Constitución, de la homogeneidad nacional. Sitúa en el centro de la determinación del derecho, el concepto de soberanía. Ella es la que puede llegar a la unión de los mundos del ser y del deber ser. Con este concepto, se integra, en la definición de lo jurídico, el hecho excepcional, es decir, soberano es aquel que decide en un momento de excepcionalidad política. Pero afirma que el soberano es el pueblo, porque la manifestación de la titularidad de la soberanía, se materializa a través de una materialización personal, puesto que el pueblo necesita representantes –es el representante el que personaliza al pueblo soberano–. Esta perspectiva, la supera Schmitt en los años cincuenta, pues afirma que el concepto de Estado soberano, homogéneo y nacional, ha tenido su apogeo, pero está en declive. El Estado como forma política que realiza esa idea de unidad, ya no puede definir lo que sea el derecho. No puede definirse el derecho desde el Estado como formación perfecta que realiza la acción política. No vale fundamentar el derecho suponiendo el pueblo como unidad política existencial, que, consciente de su existencia, como nación, determina esa forma.

Schmitt afirma que esto hay que superarlo recuperando el concepto del nomos de la tierra. El nomos de la tierra es el que concepto que permite a Schmitt definir el origen y el fundamento del derecho en los años cincuenta –antes, era el de nación política–. Pero se ha realizado una remodelación del nomos de la tierra. El nuevo nomos de la tierra, resalta en Schmitt, que el Estado no puede monopolizar la producción legal, porque ha perdido su capacidad de controlar lo económico. El nuevo nomos de la tierra significa entonces, que el orden económico se ha mundializado, homogeneizándose la tierra como unidad desde el punto de vista económico. Es esta unidad económica la que determina lo político, la producción legal.

En el Derecho Internacional de corte eurocéntrico y clásico, la concepción del Estado se daba en concepción de igualdad. Los Estados eran iguales e independientes y actores en las Relaciones Internacionales. Pero con la introducción de la homogeneización económica, el Estado no puede considerarse sólo desde un punto de vista soberanista e independiente, pues depende de sus relaciones con otros Estados, marcadas por la propia homogeneidad. En Schmitt, el nomos de la tierra tiene tres acepciones/ significaciones:

A. Apropiación: toma de la tierra. Aquí está el origen primero del derecho. A través de la conquista de territorios, nace el derecho.

B. Partición: tomada la tierra, se distribuye lo tomado. Distribución de lo tomado que posibilita la distinción entre propiedad pública y privada. Se distribuyen los bienes conquistados diferenciándose entonces, un territorio concreto de los colindantes.

C. Apacentamiento: producción y consumo globalizado. Distribuida la tierra, se producen bienes y servicios, entrando entonces, en las relaciones del Derecho Mercantil.

Hoy en día, el orden de prelación de estas acepciones cambia y el significado de nomos que prima es la producción y el consumo. La tierra ya se ha distribuido, por lo que queda seguir produciendo y consumiendo. Esto es lo que camina hacia la homogeneización, a la visión de la tierra como unidad, determinada por la propiedad y el consumo. En esta visión es donde se crea la producción normativa.

El desarrollo del concepto de soberanía, de las características tradicionales del Estado –reconstrucción de nuevos procesos para reinscribir el papel del Estado– y el nomos de la tierra, aparece en la **Revista Iuris**, nº 51, Junio 2001, en el artículo *¿El Estado en crisis? Del Estado soberano al virtual en el proceso de globalización*, de **José Antonio Sanz Moreno**.

4-12-01

La evolución del pensamiento de Kelsen.

La cuestión está en concebir el derecho desde una perspectiva estatal o internacional. En su etapa madura, Kelsen sigue con la posición estatal, de ahí, su identificación del derecho con el Estado. Kelsen resuelve el problema de la unidad a través de la concepción del individuo como unidad normativa. El hombre biológico se convierte en persona jurídica –conjunto de derechos y deberes–, y éste, es el que interesa al jurista. La otra unidad es la del ordenamiento jurídico –conjunto plural y articulado de normas–. Para resolver el problema de la unidad desde un punto de vista estatalista, se precisaba la fundamentación en una construcción lógico-jurídica. Por un lado, en un sistema articulado –jerarquizado de normas–, en el que la inferior, se fundamenta en la norma superior y finalmente, la Grundnorm. Kelsen rechaza esto en su última etapa, es decir, rechaza su respuesta estatalista –Teoría de la Grundnorm– al problema de la unidad.

Para observar esta evolución, hay que ver la relación problemática entre la lógica y el derecho a lo largo de su obra. Las etapas de Kelsen son:

1. En una primera etapa, años diez hasta 1934 con la primera edición de *La Teoría pura del derecho*, Kelsen no distingue entre norma jurídica y proposición jurídica: norma jurídica como innovación/ creación del derecho y proposición jurídica, como enunciado del jurista que interpreta la norma –descripción de la norma jurídica por el científico jurídico; interpretación de éste–. En esta etapa, como no los distingue, entiende que la lógica se aplica directamente en el derecho. Los principios lógicos –principio de no contradicción y principio de inferencia–, se aplican a las normas directamente.

- Principio de no contradicción: no habría contradicción normativa, pues sólo una norma, puede ser válida.

- Principio de inferencia: con este principio, la norma inferior se deduce de la superior –el contenido de una, se deduce del de la otra–, pues este precepto, hace referencia a de lo general a lo particular.

2. En una segunda etapa, desde *La Teoría general del derecho y el Estado* en 1945 hasta la segunda edición de *La Teoría pura del derecho* en 1960, en la relación/ aplicación de la lógica en el derecho, Kelsen afirma que la lógica, se sigue aplicando en el derecho, pero de forma indirecta, a través de la distinción entre norma jurídica y proposición jurídica. La norma jurídica es creación de derecho, es prescripción obligatoria; la proposición jurídica, descripción de la norma jurídica, pero nunca, creación de nuevas normas. La norma jurídica es norma porque la crea una autoridad jurídica. La proposición es descripción creada por el operador jurídico.

A través de las proposiciones se aplica, de forma indirecta, la lógica en el derecho. Es indirectamente porque Kelsen, distingue entre:

- Actos de voluntad: realizados por la autoridad jurídica; crea derecho.

- Actos de pensamiento: es la proposición jurídica. Es un acto del pensamiento jurídico. No crea derecho, pero

puede determinar los significados de la norma jurídica. Es en esa descripción donde se aplican directamente los principios de no contradicción y de inferencia. La lógica se entiende como estos principios –de lo general a lo particular; silogismo deductivo: Sócrates es un hombre; todos los hombres son mortales; Sócrates es mortal, y no contradicción entre normas–.

3. En su última etapa, a partir de los años sesenta, Kelsen abandona esta última Teoría. *La Teoría general de las normas* (1979, obra póstuma), está inacabada e inconclusa, pero recoge esta nueva problemática. En esta etapa, Kelsen abandona la posibilidad de aplicar la lógica en el derecho, tanto de forma indirecta como directa. Por ello, debe abandonar la concepción del ordenamiento jurídico como sistema escalonado que se reproduce así mismo. En consecuencia, Kelsen dirá que la norma es el sentido de un acto de voluntad. Si la norma se define así, la fundamentación/ origen de la norma, no es otra norma, sino el propio acto de voluntad. Ya no hay posibilidad de fundamentar la norma inferior en la superior, pues el origen de la norma, no es otra norma. Este cambio, no se debe a las variaciones producidas en la economía, sino al cambio de los procesos en los Estados. En su concepción tradicional, a través del principio de inferencia, la norma inferior se fundamenta formalmente y vía contenido, en la norma superior. Pero ahora, la materialidad/ fundamentación de la norma, se debe al acto de voluntad. Al fundamentar la norma en un acto de voluntad, se pone de manifiesto la discrecionalidad de la autoridad que crea la norma. No se puede aplicar la lógica en el derecho, porque las normas no son juicios hipotéticos, no son actos de pensamiento, por lo que no se les puede aplicar criterios de verdad o falsedad. Las normas no son falsas ni verdaderas, sólo existen o no. Son, a los actos de pensamiento, a los que se les puede aplicar el principio de inferencia. La norma sólo es válida o no, lo que significa que aunque entre en contradicción con la norma superior habilitante, la sentencia del juez que la usa, es válida. Por ello, si es válida, existe. En la Teoría de la Grundnorm, lo que significa esto, es que la propia Grundnorm, cambia de naturaleza: de construcción hipotética, se convierte en ficción. La Grundnorm es una norma ficticia. Como construcción hipotética significaba que existía la posibilidad de realizarse, es decir, de que la realidad confirmase su existencia. Al convertirse en ficción, la norma fundante es norma contradictoria consigo misma y con la realidad que pretende analizar. Es contradictoria consigo misma porque no cierra la cadena de las normas, pues siempre cabe la posibilidad de preguntarse por la autoridad que la ha generado. Además, es contradictoria con la realidad porque en ésta, sólo hay normas positivas, producto de la autoridad jurídica, de actos de voluntad. Y la Grundnorm es un acto del pensamiento, no de voluntad, pero ficticio. Por ello, la Grundnorm es una no norma. Kelsen no la rechaza porque permite el como si, el como si lo subjetivo fuera lo objetivo, como si el poder fuera derecho. Por tanto, si rechazara la Grundnorm, sólo quedaría el poder, por lo que no podríamos distinguir entre una orden procedente del derecho y otra procedente de un delincuente. La Grundnorm es ahora una ficción que reside en el científico jurídico que pretende analizar el derecho y a los destinatarios de la norma, pues son éstos, los que tienen la necesidad de considerarla como una obligatoriedad distinta al mandato de un malhechor. La ficción se traslada del científico jurídico, que es consciente de la irrealidad de la Grundnorm, a los operadores del derecho y a los destinatarios de las normas. La Grundnorm es un artilugio útil, una ilusión, pero es imprescindible para mantener la dualidad derecho/ poder. La Grundnorm, es como una ideología, pero Kelsen, no cree esto, porque la ideología se basa en principios absolutos, que él, rechaza. La Grundnorm es la ficción de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica es una ficción, pues la sentencia del juez, es obligatoria, aunque se revoque. Kelsen busca la neutralización del poder a través del derecho y la única vía, para ello, es la Grundnorm, por ello, no la rechaza.

Su discípulo, Norberto Bobbio, vuelve a la Teoría de las dos caras: el Estado visto como poder –se pone el acento en el concepto de soberanía–, y el Estado visto como derecho –se pone el acento en la Grundnorm, son las normas las que validan el poder y no al revés–. Estas Teorías no pueden unirse, o estamos en una perspectiva, o estamos en otra. Según Bobbio, si estamos en Ciencia Política, estamos en la primera y si nos encontramos en la Ciencia Jurídica, en la segunda, para cerrar la cadena:

- a través de la soberanía: el poder del policía municipal procede del superior, alcalde..., etc.
- a través de la Grundnorm: la norma viene de la superior.

Kelsen solapa ambas, por lo que su Teoría estalla, apareciendo de nuevo el poder. No puede neutralizarlo. Estalla porque estas Teorías no pueden solaparse y él lo hace. Kelsen siempre ha pretendido legitimar el derecho desde el propio derecho y al final, descubre que es imposible, porque siempre aparece un poder, aunque sea disperso, pues las normas, son creadas por actos de voluntad, en definitiva, por una autoridad.

En su última etapa Kelsen hace una deriva irracionalista y voluntarista. Se solapa a Schmitt, pues si todas las normas son actos de voluntad, todas son discrecionales y absolutas, aunque en realidad no sea así: el juez no dicta lo que le da la gana. Según Mortati, eso no sería así debido a los fines y objetivos de la organización. Son los fines, el principio director de la organización, los que auto constriñen la discrecionalidad, haciendo que el operador jurídico no actúe libremente dictando las sentencias que quiera, pues la organización tiene unos fines y sus medios, son los propios operadores jurídicos –el juez pliega su discrecionalidad a los usos de la organización para ascender en la misma–. Pero hoy, no vale la visión de Mortati, porque se refiere a una organización estatal y actualmente, la organización supera el Estado. Los operadores se pliegan a organizaciones supraestatales y además, aparecen otros recursos, pues si un juez sentencia lo que quiere, existe la revocación de su sentencia. De ahí que Kelsen, siga manteniendo su vigencia, pues es uno de los primeros que preconiza la integración del ordenamiento jurídico estatal en el internacional, propugnando una Teoría monista del derecho. Además, en un ordenamiento ya mundializado por la economía, se limitan las competencias de los Estados, y se va centralizando con ello, cada vez más. La centralización también se produce porque hay organizaciones internacionales que tienen sus propias instituciones que imponen sus propias normas, arrebatando el control de la producción jurídica a las organizaciones estatales. Sobre esto, incide Schmitt, por lo que dos doctrinas contrapuestas, la de Kelsen y la de Schmitt, confluyen al final.

10-12-01

Según Kelsen, la norma jurídica, vale o no vale. Derecho es un sistema que se basa en la unidad, pues el ordenamiento jurídico debe ser coherente y en él, no puede existir contradicciones entre dos normas jurídicas. Kelsen salva la coherencia a través de la proposición jurídica –significado de las normas, descripción del derecho–, resolviendo así la contradicción entre las normas.

En su última etapa, define la norma jurídica como sentido de un acto de voluntad. Cuando dos normas son válidas y están en conflicto, éste se resuelve a través de una tercera, la norma derogatoria, que es creación de nuevo derecho. Quien define el sentido de las normas y su contenido material, es el creador de las normas. La Grundnorm se convierte en ficción porque las normas, son sentido de un acto de voluntad y la Grundnorm, acto de pensamiento del científico. La Grundnorm del ordenamiento jurídico estatal, es el principio de efectividad y dicha efectividad, da validez a los ordenamientos jurídicos. Las esferas de validez de los ordenamientos estatales son determinadas por el orden jurídico internacional porque parten de que lo efectivo, lo dado, es válido. Además, los nuevos sistemas de derecho internacional, se van centralizando e institucionalizando con su propia organización y van limitando las esferas de actuación de los ordenamientos estatales, asumiéndolas ellos. La producción jurídica internacional puede imponerse a los Estados y a sus ordenamientos.

Por otro lado, la autosujección de los operadores jurídicos significa que éstos, se pliegan a los fines políticos –Constitución en sentido material y organización del Gobierno, de Mortati–. Mortati intenta vincular el ser y el deber ser –a Kelsen y a Schmitt–. Critica a Schmitt porque su concepto de Constitución, es una ficción, ya que para él, quien crea derecho es el Führer y el pueblo, no tiene la voluntad general, porque no tiene capacidad de crear derecho. Para él, la élite que controla el poder –el partido único–, es la que tiene la capacidad de crear derecho y no el pueblo. Con esto, ciñe el concepto de Constitución material a los fines del Gobierno, cosa que en la actualidad, no se puede mantener. En la actualidad, en la Unión Europea, se habla de comunidad de derecho, porque éste, es el medio de la unión para el cumplimiento de sus fines.

Schmitt abandona la teoría de que es el pueblo, como titular del poder, el que crea derecho, dotándose de una Constitución. En su última etapa, este autor, recupera el concepto del nomos de la tierra que permite la

relación del hombre y de sus grupos, en los que se integra con el espacio. Identifica nomos con los órdenes a los que se vincula el hombre. Para Schmitt, los orígenes del derecho son las tres acepciones del nomos –apropiación; partición; apacentamiento–.

11-12-01

La concepción estatalista no sirve para enfocar el análisis actual, el análisis del ordenamiento jurídico actual. Hoy no vale ni la identificación de Kelsen, Estado y Derecho a través del ordenamiento jurídico como sistema que se reproduce así mismo, ni la exacerbación de lo político para fundamentar lo jurídico de Schmitt. Esta exacerbación fundamenta lo jurídico a través del pueblo como unidad. Esto no vale para fundamentar el derecho.

La Teoría de la Constitución de Mortati, desarrollada en los años cuarenta, ofrece una visión de la Constitución material. Para Mortati, la cuestión del ser y del deber ser, constituye la clave de los fines y objetivos de la organización (análisis de la Constitución). Hoy, la realización de los fines y objetivos de la organización, es de organizaciones –pluralidad de organizaciones supraestatales en las que se insertan los Estados y que definen lo jurídico–. No vale la perspectiva estatal para la realización de lo jurídico. Frente al modelo anterior –Estado centralizador de producción de normas, autonormación y auto integración mas coerción–, el modelo actual se observa mejor desde otros principios: heteronormación y heterointegración. La auto integración y autonormación hablan de un Estado que monopoliza la producción del derecho y de la salvaguarda del ordenamiento jurídico a través de sus propias normas y sistema de fuentes –no respectivamente–:

- Heteronormación: pluralidad de formas y órganos con capacidad de creación normativa que no se ciñen a la órbita estatal.

- Heterointegración: significa que los sistemas plurales de normas no se integran ni resuelven los conflictos internormativos a través de la jerarquía normativa –que aparecería como un criterio más–.

Aunque formalmente se siga diciendo que estamos ante distintos ordenamientos jurídicos, materialmente, el derecho se concibe como una unidad desde esos procesos plurales. El aplicador del derecho, aunque ideológicamente afirme que los ordenamientos jurídicos son independientes y autónomos, cuando aplica el derecho, aplica normas de distintos ordenamientos, por la capacidad de integración y de interrelación de éstos. Si seguimos una interpretación libre de Kelsen, nos encontramos con tres situaciones para analizar el derecho:

A. Situación ahistórica: Estado de Naturaleza; fuera de la historia. Aparecen individuos aislados, cuya libertad es su propia autodeterminación, es decir, estar sujeto a sus propias normas y voluntad. Pero el individuo, en realidad, siempre está inserto en un ordenamiento jurídico.

B. Situación histórica superada: la autodeterminación la realiza el Estado como organización centralista que tiene la capacidad exclusiva de creación del derecho. Este momento entra en crisis.

C. Situación actual de superación del Estado como titular, exclusivo de la producción jurídica: de ahí la necesidad de que el Estado rescriba su papel.

En la Constitución española se ven reflejados estos procesos, superando la Teoría tradicional de las fuentes del derecho, a pesar de mantener en parte la Teoría liberal del derecho e introduciendo nueva creación jurídica.

La Teoría tradicional se supera a través de la inserción en la Constitución de la teoricidad de Kelsen. Ésta, se refleja en los artículos 1.1, 9.1 y 9.3.

- Artículo 1.1: a través de la inserción del concepto de ordenamiento jurídico y de los valores del ordenamiento jurídico, pues lo primero significa que el conjunto plural de normas es un sistema articulado, coherente, jerarquizado y completo, es decir, el ordenamiento jurídico como unidad.
- Artículo 9.1: al hablar de que los poderes públicos y los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al ordenamiento jurídico, hace que el elemento personal y organizativo, se objetive, convirtiéndose en titular de derechos y obligaciones, además de tornarse en objeto de derecho, como diría Kelsen, en unidad.
- Artículo 9.3: principios de legalidad, jerarquía normativa..., etc. En el ordenamiento jurídico se integra la Constitución como norma suprema, lo que supone un modelo escalonado de normas, que prescinde de la Grundnorm kelseniana. La propia Constitución sería la Grundnorm, desde las dos perspectivas de Kelsen:
 - Desde un modelo estático: porque el contenido de los preceptos de la Constitución son la clave interpretativa del resto de las normas del ordenamiento jurídico, las cuales, deben plegarse a dicho contenido.
 - Desde un modelo dinámico: porque muestra el sistema de producción de normas del ordenamiento jurídico español, así como los órganos competentes y los modelos de procedimientos en la creación normativa.

La Constitución también integra la fundamentación existencial de Schmitt. Éste, se introduce en la Constitución a través del Preámbulo, del artículo 1.2 y del artículo 2.

- Preámbulo: concepto positivo de Constitución de Schmitt. La nación española se dota de una Constitución.
- Artículo 1.2: lo anterior, pero de forma más ambigua.
- Artículo 2: habla de un sujeto político preexistente a la Constitución que es el fundamento de la propia Constitución: la indisolubilidad de la unidad de la nación española.

Pero estas concepciones fueron abandonadas por sus propios autores:

- Kelsen: abandono de los principios de la lógica para construir el derecho.
- Schmitt: deja de lado la unidad política para hablar de los tres procesos de origen, desarrollo y formulación.

La Constitución también introduce una perspectiva que supera la propia concepción estatal posibilitando las nuevas relaciones de interdependencia: subordinación entre ordenamientos. En la Constitución se ve en el artículo 10.2, donde la dignidad de la persona y los derechos fundamentales se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos y con los Tratados Internacionales firmados por España. Esto se interpreta como que el ordenamiento jurídico estatal español se integra en el ordenamiento internacional. El artículo 96, integra los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico del Estado, aunque podría decirse que se produce al revés, pues las normas nacionales se modifican para posibilitar la integración en los tratados. El artículo 93 establece también la cesión de la soberanía que facilita el ingreso del país en organizaciones internacionales.

La doble crisis aparece también recogida en el texto constitucional:

- La crisis del Estado liberal de derecho: a través de la superación del Estado legislativo parlamentario con su sistema de fuentes y de legalidad con la tripartita división de poderes. Esto no aparece recogido en nuestra Constitución, pues la enumeración de los poderes hace ver que estamos en un Estado burocrático donde el Gobierno y la Administración, monopolizan la producción de normas. Este nuevo modelo de Estado tiene el valuarate último en el poder judicial –el único que aparece con la denominación tradicional, pues es el garante último del Estado de derecho–. Pero estos procesos de judicialización de la política y politización de la justicia,

hablan de la salvaguarda final del Estado de derecho por el poder judicial, el cual, no puede concebirse de forma tradicional, porque al hacer las sentencias, crea derecho, innovando el ordenamiento jurídico –no es el juez que subsume su decisión en la norma general–.

Controlar la discrecionalidad del poder judicial puede hacerse a través de los fines y objetivos de las organizaciones, pues la mayoría de los jueces se pliegan a los usos y costumbres de su propia organización, que se integra en organizaciones supraestatales.

· Superación del concepto de Estado soberano: hay una nueva realidad de procesos de creación jurídica que interrelacionan el ordenamiento jurídico estatal y sus subsistemas, coordinándolos con las nuevas vías del Derecho Internacional y las nuevas organizaciones internacionales. Esto se hace a través no del principio de jerarquía normativa, sino del principio de competencia –distribución de competencias entre las distintas organizaciones–. El contenido de la norma prima sobre el órgano que la crea. Es el principio de competencia, el principio de subsidiariedad en el ámbito europeo, el que muestra los nuevos procesos de creación jurídica.

Aparece un doble proceso paralelo: una centralización desde lo anteriormente descentralizado y una descentralización desde lo que antes estaba centralizado.

A. Centralización de lo anteriormente descentralizado: el Derecho Internacional era visto como un derecho muy descentralizado que caminaba hacia la centralización recibiendo competencias que tenían los Estados. Éstos, tienen hoy, una esfera de competencia limitada. Este proceso de centralización supone que el ordenamiento jurídico internacional, de un modelo de relaciones entre Estados, pasa a ser un modelo institucionalizado, pues aparecen organizaciones capaces de imponerse a sus Estados miembros.

B. Descentralización de lo anteriormente centralizado: esto significa que en el modelo anterior, el Estado centralizaba la producción legal y ahora, ha cedido competencias internamente –a las autonomías– y externamente –Europa–.

En todo caso, no es posible seguir anclado en la concepción que aparece en la sentencia 1/82 de 28 de Enero del Tribunal Constitucional –sentencia que proyecta la unidad política en el ámbito económico: el fundamento de la Constitución, la unidad política, tiene su proyección en el ámbito económico; se proyecta como la unicidad de un marco jurídico común, la unicidad de la actividad económica–. Esto es lo que quebraría hoy, pues la unidad política no se desarrolla a través de la unidad política, pues ésta, la económica, necesita un marco jurídico único. Pero hoy, la actividad económica se desarrolla en otros ámbitos, por lo que aparecen varios marcos jurídicos: el de la globalización y el particular/ específico monetario de la Unión Europea. Por tanto, apenas queda nada de la unidad política, pues la económica, no tiene proyección política, como afirmaba el Tribunal Constitucional en esta sentencia.

8-01-02

ARTÍCULO 1.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

Tradicionalmente, cuando se habla de forma, se distingue entre forma de Estado y forma de Gobierno. La identidad del poder formal y la del poder real son diferentes, lo que hace que esta distinción, entre en crisis. Este problema se resuelve hablando de forma política del Estado español y no de forma de Estado, por un lado, y forma de Gobierno, por otro. Si seguimos aferrados a la tradición, parece que forma de Estado es a la que se refiere el artículo 1.1 –España ha quedado constituida como un Estado Social y democrático de Derecho–. La forma de Gobierno está recogida, de alguna manera (pues no aparece en la Constitución de forma expresa), en el artículo 1.3 –Monarquía parlamentaria–. Pero la forma de Gobierno, descubre dos tipos tradicionales de legitimidad: la monárquica y la democrática. Dos titulares del poder constituyente: el Rey o el

pueblo. La Constitución relaciona estas legitimidades antagónicas: el Rey, como máximo representante del Estado español –artículo 56–, y las Cortes, como representantes del pueblo español –artículo 66–. La representación máxima del Estado es el Rey, y la popular, las Cortes.

Si acudimos a la doctrina de Kelsen y Schmitt, la distinción entre forma de Estado y forma de Gobierno, se resuelve:

· Schmitt: a través de su concepto absoluto–real de la Constitución, con sus dos acepciones estáticas:

a) La forma de Estado: la que resolvía el problema de la totalidad. El Estado es Constitución, la Constitución se identifica con el Estado. La forma de Estado es la concreta situación de conjunto y ordenación de una unidad política. El status de unidad y ordenación.

b) La forma de Gobierno: el problema de la gobernabilidad, la forma especial de dominio que afecta a cada Estado, a cada unidad política, apareciendo las diferencias entre Monarquía, Aristocracia, Democracia..., etc.

· Kelsen: rechaza esta distinción por obsoleta al identificar Estado con derecho. En esta identificación, la forma de Estado es de derecho y en ella, se inserta la forma de Gobierno. Kelsen distingue entre dos formas de Estado según el grado de participación del ciudadano en la creación de derecho:

- Democracia: participación.
- Autocracia: imposición a los súbditos.

El artículo 1.3 habla de forma política de Estado y parece que se refiere a la forma de Gobierno, al régimen político, es decir, al conjunto de instituciones que adoptan la decisión política que al tiempo, es creación jurídica.

En la distinción forma de Estado/ forma de Gobierno, el artículo 1.1, afirma que para que España sea Estado, para que aparezca la forma de Estado, se precisa de ordenamiento jurídico. El eje técnico de la forma de Estado, es el ordenamiento jurídico, es decir, que descansa sobre la unidad del derecho –es lo que significa ordenamiento jurídico–. Pero este Estado constituido, ya tiene un ordenamiento jurídico, pues España, no nace de la nada. Cuenta con un ordenamiento jurídico en el que se integra la propia Constitución, independientemente de que sea su norma suprema. La necesidad de la forma de Estado de un ordenamiento jurídico, hace que aparezcan dos concepciones:

A. Concepto político: España como Estado Social y Democrático de Derecho.

B. Concepto jurídico: el Estado español tiene ya un ordenamiento jurídico en el que queda integrada la Constitución.

De ahí, la importancia de la Disposición Adicional 3ª –quedan derogadas todas las disposiciones anteriores y contrarias a la Constitución–. Las disposiciones anteriores y que no se opongan a la Constitución, son normas válidas, y por tanto, aplicables, por lo que el ordenamiento jurídico que existía, no se ha quebrado.

El artículo 1.3, la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria, trae consigo: Monarquía en mayúscula, como sustantivo y parlamentaria, en minúscula, como adjetivo –complemento/ calificación de lo principal–:

1) Monarquía: es la institución que vincula el Régimen Franquista con el modelo constitucional. La Monarquía, con una legitimidad tradicional, distinta a la democrática, enlaza la dictadura con el modelo constituyente. La legitimidad de la Monarquía, es trascendente, pero la del Rey Juan Carlos, no es tradicional, sino que se hace a través de otra legitimidad: vencer la guerra (Franco pretendía establecer un sucesor para su

régimen). Se quebró el orden sucesorio del Conde de Barcelona y por tanto, la legitimidad tradicional de la Monarquía. Estas legitimidades diferentes, se vincularían con la aprobación por referéndum de la Constitución española y, poco antes, con el traslado del Conde de Barcelona a favor de su hijo de los derechos sucesorios. Pero esto, no lo convirtió en Rey.

2) Modelo parlamentario: adjetiva a la Monarquía. En la relación en el cambio de legitimidad, de la monárquica a la democrática, la relación en la Europa de entreguerras entre Monarquía y parlamentarismo, fue compleja y a ella, se ponían dos alternativas:

- Kelsen con la reforma del parlamentarismo: la representación como ficción.
- Schmitt: Democracia plebiscitaria, vinculando al pueblo con el Presidente de la República.

Lo que significa este modelo es que en la relación entre poderes, no hay igualdad, sino prelación del Parlamento sobre el ejecutivo. El Parlamento es el centro porque monopoliza la producción legal. Pero el modelo de Monarquía parlamentaria, no es el modelo que aparece en la Constitución, pues si lo fuera, en sentido clásico, el Parlamento tendría que ser la pieza clave en la decisión política y esto, no ocurre en España porque hay una corrección del sistema parlamentario clásico. Esta corrección tiene causas constitucionales y causas políticas:

A. Causas constitucionales: en esa corrección del parlamentarismo de la Europa posterior a la Segunda Guerra Mundial, el ejecutivo prima sobre el Parlamento. En esta primacía influyen dos Constituciones: la francesa de 1958 (vigente) y la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

a) Constitución Francesa de 1958: influye en:

- La propia regulación de la Jefatura del Estado: el Jefe del Estado, artículo 5, aparece como árbitro y moderador. Esto se recoge en el artículo 56 de la Constitución española de 1978. El poder arbitral y moderador significa que en la interpretación del refrendo de los actos regios, hay que entender la existencia de dos voluntades. Por tanto, puede haber discrecionalidad del Rey.
- El cambio de correlación de fuerzas: la producción normativa deja el modelo tradicional –una ley, un órgano y un procedimiento–, para pasar a distintas tipologías, órganos y procedimientos. Esa producción normativa, prima al Gobierno –decretos y reglamentos–. Estas influencias se recogen en la Constitución de 1978, pues el Gobierno tiene facultades en la elaboración de las leyes, incrementando su papel en la iniciativa legislativa.

b) Ley Fundamental de Bonn de 1949: incide en el modelo cuasi presidencialista que se instaura en la Constitución española. Es el sistema de canciller –preeminencia del canciller sobre el resto de los miembros del Gobierno–. Esta preeminencia se ve en dos cuestiones:

- Investidura individual del canciller: la confianza parlamentaria no es para todo el Gobierno, sino para el canciller.
- Moción de censura constructiva.

B. Causas políticas: el cambio que supone la crisis de la representación a través de nuevas técnicas de participación ciudadana, hace que dos cuestiones destaquen:

- a) La técnica electoral: el modelo proporcional se corrige mediante técnicas artificiales para debilitar la propia proporcionalidad. Esto viene de la propia Ley para la Reforma Política.
- b) Constitucionalización de los partidos políticos: son órganos cuasi estatales porque el pluralismo político se

convierte en la lucha por el voto de los partidos políticos –según Schumpeter es lucha/ competencia electoral–. Además, los partidos políticos, según también el artículo 6, concurren a la manifestación de la voluntad popular, lo que significa que la expresan y por tanto, no pueden desaparecer. Deben existir para expresar esa voluntad popular. Así mismo, como instrumento fundamental de expresión democrática, de participación ciudadana, son indispensables en el modelo constitucional.

Aunque se mantiene la ficción de la representación –mandato representativo: el cargo es del electo y no del partido; el representante lo es de la totalidad–, sin embargo, en la práctica, el electo, no es independiente, pues está subordinado a las directivas de los partidos políticos. El Estado se convierte en un Estado de partidos.

La conclusión a esa forma del Estado español como Monarquía parlamentaria, es que en la propia Constitución de 1978, esa Monarquía parlamentaria, se convierte en el desarrollo del articulado, en una Monarquía gubernamental administrativa con tintes presidencialistas. Esto se observa en la relación, artículo 56, con cómo se entiende el refrendo de los actos del Rey y las atribuciones que tiene. Los tintes presidencialistas aparecen en el Título IV:

- Artículo 97: afirma otro centro de la política, pues es el Gobierno quien dirige la política.
- Artículo 98: dice que el Presidente dirige el Gobierno. El modelo tiende a ser cesarista.
- Artículo 99: habla de la investidura individual del Presidente del Gobierno. Aquí, el Rey tiene una de las funciones clave como poder arbitral, pues el Rey, elige el candidato a la Presidencia del Gobierno, escuchando a los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria. Este poder se ve en las mayorías simples, cuando los candidatos no pueden obtener la mayoría absoluta.
- Artículo 100: habla del nombramiento y separación de los miembros del Gobierno a propuesta del Presidente, éste, es superior. Los nombra y separa el Rey, no el Presidente. En algunos casos, influye en estas propuestas, como por ejemplo, en el caso del Ministro de Defensa Eduardo Serra, que fue una imposición al PP.

Esta transformación también se ve en la relación Gobierno/ Parlamento en la debilidad que tiene éste para exigir la responsabilidad de aquél. La moción de censura requiere mayoría absoluta constructiva: se vinculan dos cuestiones que están separadas radicalmente:

- Exigencia de responsabilidad: moción.
- Elegir candidato a Presidente del Gobierno: confianza.

Por eso, en el debate se combinan, pues hay exigencia de responsabilidad y examen del candidato alternativo. La conclusión es que es inoperante.

- Artículo 115: disolución de las Cámaras por el Presidente del Gobierno bajo su exclusiva responsabilidad.

14-01-02

ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

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.

La Constitución forma parte del ordenamiento jurídico –artículo 9–. La Constitución es la Norma Suprema

del ordenamiento jurídico, forma parte del todo. El concepto de ordenamiento jurídico significa la unidad de un conjunto plural de normas, es un sistema unificado de normas. El ordenamiento jurídico se fundamenta en la unidad: la unidad como fundamento del derecho. La Constitución se fundamenta a su vez en otra unidad: la unidad de la nación española. Estamos hablando de una unidad político-ideológica existencial, de la unidad de la nación. Este artículo es el más schmittiano de la Constitución. Así, el artículo 2 combina dos formas de concebir la unidad:

- Por un lado, la unidad existencial-real: la unidad política como un sujeto político, una unidad con contenido real.
- Por otro lado, la unidad normativa; la visión técnica de la unidad: ni la nación ni el pueblo se admiten como unidad político-real, así, estamos ante la unidad del ordenamiento jurídico. Nos encontramos así, otra vez, con el problema de la validez constitucional.

Si la Constitución se fundamenta en la unidad, el problema de ésta, se resolverá a través de Kelsen y Schmitt:

a) Schmitt: la validez de la Constitución se puede fundamentar en el ser. Hablamos de una unidad político-real, que por ser existencial, tiene su propia voluntad y se dota de Constitución.

b) Kelsen: la validez de la Constitución se fundamentaría en el deber ser. Hablamos de un fundamento lógico-formal; la norma se fundamenta en otra norma y la Grundnorm, aparecería como la hipótesis lógica.

Ambas posturas parten de una suposición: se supone la existencia de la unidad política o la existencia de la Grundnorm. Si se supone la primera -la existencia de la unidad política-, se precisa, según Schmitt, de una homogeneidad sustancial del pueblo consigo mismo, de una identificación/ igualdad sustancial del pueblo para dotarse de una Constitución. Esta homogeneidad del pueblo se traduce en la homogeneización de los miembros que componen el pueblo, que a su vez, precisa su identificación con los representantes.

Si se supone la segunda -la existencia de la Grundnorm-, construcción lógico-hipotética, según Kelsen, se precisa de la aplicación de los principios de la lógica en el derecho.

Esto quiebra en ambos, pues suponer significa considerar que existe cierta cosa como base o punto de arranque del razonamiento. Schmitt supone como punto de partida:

1º. La unidad política del pueblo, la nación.

2º. Que la unidad política del pueblo, tiene una voluntad.

3º. Que la voluntad se expresa a través de alguien, de los representantes, siendo éstos, los que manifiestan la supuesta voluntad.

En Schmitt, esta suposición de unidad política y de voluntad de dicha unidad, tiene un mecanismo de expresión: la identificación entre representantes y representados. Pero esta concepción acaba en Schmitt con la concentración de todo el poder en manos del Führer. Esta identificación se manifiesta en la totalización del poder en manos de un individuo, el líder, que supera toda disgregación/ heterogeneidad para plasmar la unidad y pureza del pueblo alemán.

Kelsen, con la suposición de la Grundnorm como hipótesis lógico-formal, habla de que el fundamento de las normas son otras normas y así, se resolvería el problema de la unidad. Pero la Grundnorm como hipótesis, precisa de una verificación en la realidad. Esto es lo que se critica a Kelsen, por lo que éste cambia su concepción, apareciendo la Grundnorm como ficción, las normas se fundamentan en un acto de voluntad. Ambas concepciones de la unidad, también se superan con la propia Constitución, al dar entrada a cesiones de

soberanía, integración con otros ordenamientos jurídicos, etc. Es la superación de ambas concepciones por los propios autores la que muestra los nuevos procesos de producción jurídica en la actualidad: la crisis del constitucionalismo y su superación por nuevas formas de ordenación jurídica.

Para Schmitt, cuando cae el mito de la totalización de la soberanía, la nueva estabilidad encarnada en el Führer y el Estado nacionalsocialista se desvanece, es cuando hablará de la necesidad de definir el derecho a través de nuevos procesos de ordenación de ámbito planetario. Es la superación del Estado para entender la relación de lo político con lo jurídico. De ahí que Schmitt, hable del nuevo Derecho Internacional.

El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia 1/82 de 28 de Enero y cuando se refiere al artículo 2 de la Constitución de 1978, articula la unidad política según la unicidad de la unidad económica, pues la unidad política se proyecta en la economía, en la unidad del mercado.

BJC: Boletín de Jurisprudencia Constitucional.

I CONSTITUCIÓN

PREÁMBULO. Orden económico y social justo.

En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias formas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse, con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de un orden económico y social justo, y cuyo artículo 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128, entendido en su totalidad; el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional (artículos 40.1, 130.1, 131.1, 138.1).

Esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquellos como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Título VIII CE). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, como sucede, entre otros preceptos, con el artículo 149.1, 10.^a CE, y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo, la competencia para fijar solamente las bases, como ocurre con los indicados en el artículo 149.1, 11.^a y 13.^a CE.

Estos dos últimos preceptos son relevantes en relación con los conflictos que nos ocupan, pero antes de analizar su aplicación al caso debatido hemos de fijar el significado del término bases, que aparece en ambos.

Este Tribunal, en el fundamento 6.º de su Sentencia, de 28 de julio de 1981, ya ha señalado que el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado 1.º se refiere al artículo 149, no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes marco. Así pues, las bases a las que se refieren en nuestro caso los párrafos 11 y 13, del artículo 149.1 CE, no tienen nada que ver con la delegación legislativa de que tratan los artículos 82 y 83 de la Constitución,

ni se identifican con las leyes marco reguladas por el artículo 150.1. La noción de bases –como continúa afirmando la citada Sentencia– o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente.

De esta noción material de bases se infiere que unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales (lo cual sería consecuencia lógica de una noción formal de bases), sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido. Por eso, este Tribunal ha declarado también (fundamento 5.º de la Sentencia antes citada), que, aunque las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución.

Dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley. Sin embargo, puede haber algunos supuestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria.

Hoy, esto está superado por:

- La globalización.
- El marco específico de unidad económica y monetaria en el marco del derecho europeo.

Por tanto, no podemos seguir anclados en la interpretación del artículo 2 que da el Tribunal Constitucional, puesto que el marco de la unidad económica, no se ciñe al ámbito estatal.

Junto a esto, el artículo 2 recoge otro principio clave: el principio de autonomía. Éste, es un principio subordinado al principio de unidad de la nación española, pero está reconocido y garantizado para las regiones que integren la unidad de la nación española. El Estado de las Autonomías aparece como un modelo de Estado compuesto híbrido. Esto significa que ni estamos ante el Estado integral de la Segunda República ni ante el Estado federal del modelo alemán. El primero, influye en el Estado regional italiano y el segundo, modelo cooperativo y funcional, se asemeja al nuestro por el desarrollo de los juristas que llevaron a cabo nuestro propio modelo.

El concepto de autonomía se debe relacionar con el doble proceso de centralización desde lo descentralizado y viceversa. Es en la descentralización desde lo centralizado donde aparece el concepto de autonomía. Lo anteriormente centralizado es el Estado, y es aquí, desde donde se descentraliza. Descentralización desde un punto de vista administrativo significa el traspaso de competencias y atribuciones de una personalidad jurídica a otra personalidad jurídica. Doctrinalmente, la descentralización administrativa se diferencia del principio de autonomía, en que éste, viene recogido directamente en la Constitución y se garantiza, frente a la descentralización, que puede tener un carácter reversible –que lo descentralizado puede volver a centralizarse–. Esto vale poco, porque el derecho a la autonomía, puede significar una vuelta atrás, pues la autonomía, tiene unos márgenes de apreciación muy amplios. En términos generales es un proceso de descentralización específico que crea unos entes intermedios entre las corporaciones locales y el Estado. Ese modelo híbrido, es sin embargo, un modelo abierto que posibilita una reinterpretación constante. Al no definirse el modelo, se asiste a una constante reivindicación para seguir desarrollando el proceso. El Partido Popular, dice que el modelo debe cerrarse, que no hay posibilidad de más traspasos; los que pueden hacerse, son marginales. En cambio, los nacionalismos periféricos, afirman lo contrario. Izquierda Unida busca un Estado federal y el PSOE, se encuentra dividido.

Una de las claves del Estado autonómico, en el artículo 2, es el concepto de nacionalidad. Este término es

novedoso, tanto, que no vuelve a aparecer en la Constitución. En cambio, en el Título VIII –desarrollo del artículo 2–, no se habla de nacionalidades, sino de Comunidades Autónomas, por tanto, el concepto de nacionalidad, no tiene efectos jurídicos en el Título VIII, pero es un componente simbólico y político relevante. De ahí que muchas Comunidades Autónomas hayan cambiado en sus Estatutos, el concepto de región por el de nacionalidad. En el proceso constituyente hubo una fuerte oposición a la inclusión de este término, por la confusión con su significado ordinario común, recogido en la propia Constitución –artículo 11: la nacionalidad española–. Además, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la define como el carácter peculiar de un pueblo; los nacionales de una nación. Nacionalidad sería sinónimo de nación en el uso común. Se incluye para posibilitar el consenso. El nacionalismo vasco consideraba improcedente la referencia a la nación española: España no era una nación, sino un Estado formado por un conjunto de naciones –aunque no se dijera cuáles eran: ¿la vasca, catalana, gallega y castellana?, pero quedó en el aire–.

El consenso, lo ponen dos ponentes: Herrero de Miñón y Roca. Para el primero, sólo hay un sujeto de autodeterminación, pero que sin embargo, correspondiente a la expresión nacionalidad, se reconoce un proceso de auto identificación. Roca dice que el artículo 2, da un nuevo sentido a la unidad de España con el reconocimiento de la realidad plurinacional de la nación española. Esto se contrapone en la interpretación del artículo, porque las nacionalidades se integran en la nación española, es decir, el debate de si los regionalismos son naciones, está superado por la Constitución, pues nacionalidad y nación, significan lo mismo. Son naciones que se integran en otra nación. El ser nacional significa la conciencia, según Schmitt, de tener una voluntad, un derecho de autodeterminación, y este derecho, lo niega la Constitución. En el comentario a la Constitución de Garrido Falla, Entrena Cuesta dice que para el constituyente, la unidad nacional es anterior y no fruto de la Constitución. Pero hay que definir lo que es nación española anterior a la Constitución. Estamos manejando términos auto excluyentes, pues sí hay autodeterminación, pero para la nación española. En segundo lugar, para Entrena Cuesta, la unidad española es indisoluble e indivisible, lo que refuerza la existencia de un único sujeto con derecho de autodeterminación. Una nación, que está integrada por una pluralidad de naciones y regiones con vínculos especiales de homogeneidad, no puede quebrar la homogeneidad nacional, pues es la base de la Constitución. Por eso, dice Entrena Cuesta que estas nacionalidades y regiones, carecen de la facultad de autodeterminación; esos vínculos de homogeneidad no llevan al derecho de autodeterminación. La clave del consenso del proceso constituyente estaría en cómo articular estos conceptos auto excluyentes. Por ejemplo, podríamos entender ahora que un referéndum vasco, implicaría la reforma de la Constitución y por tanto, la quiebra de la misma. En consecuencia, la base de la unidad de la nación española, también se quebraría.

15-1-02

La sentencia 4/81 de 2 de febrero, define por primera vez y en parte generalizable, lo que es el concepto de autonomía. Aparece otra sentencia que habría que analizar en primer lugar, la 32/81 de 28 de Junio, que es clave, porque recoge las dos acepciones que el término Estado tiene en la Constitución.

- Estado como unidad: es la totalidad de la organización jurídico–política de la nación española. Es todas las distribuciones del poder, y todas las organizaciones en las que se distribuye. Es el que incluye todas las administraciones.

- Estado aparato: es el conjunto de instituciones generales o centrales en contraposición a la organización de los entes autonómicos. Es un concepto más restrictivo que el anterior, pues es el Estado organización central.

Esta sentencia dice que la Constitución establece una distribución vertical del poder entre entes de distinto nivel, a las que cita:

A. El Estado: Es el titular de la soberanía. El titular de la soberanía es el pueblo, entonces, ¿sería el Estado según el Tribunal Constitucional?. Los poderes del artículo 1.2 dice que los poderes del Estado emanan del

pueblo. Con el término poderes del Estado vemos que el poder puede emanar del pueblo, pero reside en el Estado.

B. Provincias y municipios: con autonomía administrativa.

C. Comunidad Autónoma: con autonomía política. Distinción entre Comunidad Autónoma con autonomía política y corporaciones locales con autonomía administrativa, pero ésta, también puede entenderse como política, aunque con distinto grado (inferior), en el sentido en que las corporaciones locales también son instituciones que representan a sus poblaciones, que también son elegidas por elecciones. Esta distinción de dos modalidades de autonomía, se hace por la diferencia de desarrollo que la propia Constitución da de esa autonomía. Ambas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses. Pero la autonomía es distinta, pues las Comunidades Autónomas pueden acceder al autogobierno; en cambio, no se predica autogobierno para las corporaciones locales. Éstas, tienen cierta potestad de autoorganización. Es una potestad limitada por la legislación base del Estado y la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas. Esta potestad, que recoge la Ley Reguladora de Régimen Local (7/85), decía que sólo estaba limitada por la estatal, pero el ayuntamiento es libre para auto organizarse. Pero el tribunal Constitucional declaró esto inconstitucional en 1989; entonces, la potestad de autoorganización estaría limitada por:

- Ley de Bases del Estado.
- Ley de Delegación de las Comunidades Autónomas (que puede definir la propia organización local).
- La propia potestad por Reglamento Orgánico de las Corporaciones Locales.

Junto a esto, la otra diferencia entre las modalidades de autonomía, es que la política de las Comunidades Autónomas, conlleva una potestad legislativa (implícita en la Constitución pero no explícita). Todas las Comunidades Autónomas tienen potestad legislativa, pero las corporaciones locales sólo tienen potestad reglamentaria (reglamentos locales, ordenanzas y bandos).

Como se ha dicho antes, la sentencia 4/81 de 2 de febrero, define por primera vez el concepto de autonomía.

TÍTULO VIII. De la organización territorial del Estado.

Artículo 137

ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. AUTONOMÍA.

– Contenido

Los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el artículo 137 de la Constitución...

... Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía –y aun este poder tiene sus límites–, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución.

De ahí que el artículo 137 de la Constitución delimite el ámbito de esos poderes autónomos, circunscribiéndolos a la "gestión de sus respectivos intereses", lo que exige que se dote a cada Ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo.

De acuerdo, pues, con la Constitución, la autonomía que garantiza para cada Entidad lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del Municipio, de la Provincia, de la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, concretar este interés en relación a cada materia no es fácil y, en ocasiones, sólo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva en el orden decisorio. Al enjuiciar la conformidad de las Leyes con la Constitución habrá que determinar por tanto si se está ante un supuesto de competencia exclusiva –o que debía serlo de acuerdo con la Constitución– o de competencias compartidas entre diversos Entes.

Este poder “para la gestión de sus respectivos intereses” se ejerce –por lo demás– en el marco del ordenamiento. Es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de Entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad –como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la nación– de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución, tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como Entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (artículos 150.3 y 155, entre otros), como a los Entes locales (artículo 148.1.2.^a).

Posición de superioridad que permite afirmar –como admiten expresamente los recurrentes y se admite también en el Derecho comparado– que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las Entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales. En todo caso, los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la Entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los propios de la Entidad, sean del Municipio, la Provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado.

El control de legalidad, con la precisión anterior, puede ejercerse en el caso de los Municipios y Provincias –dado su carácter de Administraciones Públicas– por la Administración del Estado, aun cuando es posible también su transferencia a las Comunidades Autónomas en los términos que expresa el artículo 148.1.2.^a de la Constitución, y, naturalmente, en uno y otro caso, siempre con la posibilidad de control jurisdiccional posterior.

STC 4/1981 de 2 de febrero (3), BJC–1, p. 7.

Los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el artículo 137 de la Constitución...

El Estado aparato no ejerce la totalidad del poder público. Hay distribución vertical del poder por la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango. La participación tiene que ver con uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico: el pluralismo político que por otro lado, también es un principio general para la distribución vertical del poder. Hay una participación individual (artículo 23 de la Constitución de 1978) que convierte al pueblo en censo electoral. Pero la participación de la sentencia es la participación por los distintos pueblos que componen el pueblo español. Aparecen tres acepciones del término pueblo:

- Pueblo español, artículo 1.
- Los pueblos: Preámbulo. Según el artículo 2, tienen derecho a la autonomía como nacionalidades y regiones.

- Múltiples pueblos en los que se divide la Geografía española (más de ocho mil): en este caso son corporaciones locales que también tienen derecho a la autonomía.

El artículo 137 de la Constitución española de 1978 habla de la distribución orgánica del poder del Estado –en entidades que tienen todas autonomía–. Este artículo quiere decir que las Comunidades Autónomas pueden constituirse o no, pero el modelo final es que todo el territorio se ha dividido en Comunidades Autónomas. Estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses. En principio, parece que no habla de diferentes autonomías, se ha diluido aquí, la autonomía del artículo 2. La diferenciación entre Comunidad Autónoma y corporaciones locales sería el interés. Éste define el concepto de autonomía.

... Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía –y aun este poder tiene sus límites–, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución.

La autonomía es un poder derivado, no es soberanía, es parte de un todo. Al ser parte de un todo, no puede oponerse al principio de unidad, pues es dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido. En la dialéctica de ambos principios que recoge el artículo 2, el diálogo no es en términos de igualdad, pues es la unidad quien define y da sentido a la autonomía. Por eso, ésta, forma parte de un todo, del Estado como unidad. El Tribunal Constitucional reconoce que la soberanía no es el concepto clásico (poder irresistible, absoluto en el interior e independiente en el exterior), tiene sus límites porque el Estado español se integra en otras organizaciones supraestatales. Este reconocimiento de que la soberanía tiene sus límites, derrumba el argumento de que es una parte del todo, pues este todo, significa una unidad cerrada, total en sí misma y que define su sentido por ella misma. Pero esto no ocurre hoy, pues ese todo, se integra en otros todos, el ordenamiento jurídico español no determina su propia validez, ya que se integra en otros ordenamientos jurídicos.

De ahí que el artículo 137 de la Constitución delimite el ámbito de esos poderes autónomos, circunscribiéndolos a la “gestión de sus respectivos intereses”....

Esta frase significa que la autonomía se define a través del interés. El significado de la autonomía, que viene dado por su integración en el todo, se define a través del respectivo interés. Es éste el que cualifica a las distintas instituciones: local, autonómico y nacional.

... Este poder “para la gestión de sus respectivos intereses” se ejerce –por lo demás– en el marco del ordenamiento. Es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de Entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad –como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la nación– de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución, tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como Entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (artículos 150.3 y 155, entre otros), como a los Entes locales (artículo 148.1.2.ª)...

El poder autonómico se ejerce en el marco del ordenamiento jurídico, por lo que hay dos límites a la autonomía:

- Político-ontológico: la unidad de la nación española.

- Jurídico-formal: es en el marco del ordenamiento jurídico estatal donde se desarrolla el poder autonómico. Así pues, estamos ante subórdenes que se integran en el ordenamiento jurídico estatal total.

La ley concreta el principio de autonomía para cada tipo de ente. Esta ley es flexible, pues no es la ley tradicional (ley que emana exclusivamente del parlamento, de carácter general), sino la norma jurídica la que

concreta el principio de autonomía, de distinta manera según estemos ante Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales:

A. Comunidad Autónoma: Ley orgánica. Estatuto de Autonomía para delimitar el poder autonómico. Pero la distribución de competencias no se limita sólo a la Constitución y los Estatutos, sino que hay más normas que forman un conjunto llamado bloque de la constitucionalidad.

B. Corporaciones locales: Ley ordinaria de nivel estatal o autonómico. Según la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, habrá una delimitación de autonomía local u otra, dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que estemos.

El Estado queda colocado en una posición de superioridad, consecuencia del principio de unidad u del interés preponderante, del interés de la nación, lo que conlleva a una relación específica entre Estado–Comunidad Autónoma, corporaciones locales. En esta relación, la posición del Estado es de preponderancia, como aparece en el artículo 150.3 y 155.

El artículo 161, apartado 2º, dice que el Gobierno, cuando impugna disposiciones adicionales, esta impugnación, tiene efectos suspensivos de la disposición autonómica. En cambio, cuando la Comunidad Autónoma impugna una disposición estatal, no significa que ésta se anule.

En cuanto a las Corporaciones o Entidades locales, podemos citar el artículo 148.1.2:

Artículo 148–.

1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

1.ª Organización de sus instituciones de autogobierno.

2.ª Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local.

3.ª Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

4.ª Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio.

5.ª Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.

6.ª Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales.

7.ª La agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía.

8.ª Los montes y aprovechamientos forestales.

9.ª La gestión en materia de protección del medio ambiente.

10.ª Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.

11.ª La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.

12.ª Ferias interiores.

13.^a El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.

14.^a La artesanía.

15.^a Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.

16.^a Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.

17.^a El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.

18.^a Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.

19.^a Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.

20.^a Asistencia social.

21.^a Sanidad e higiene.

22.^a La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.

2. Transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149.

Los principios del Estado Autonómico, que pueden ser vistos como límites, son fundamentalmente cuatro:

1. Principio de unidad: que el concepto jurídico indeterminado de la autonomía se determine y tenga significado gracias al de la unidad de la nación, tiene su proyección jurídico-formal en la inmersión del poder autonómico en el ordenamiento jurídico estatal. Esta unidad se cierra en primer lugar por la posición de superioridad del Estado por la primacía del interés de la nación. En segundo lugar, la unificación, la realiza el poder judicial, pues es un poder unificado –hay pues, un principio de unidad jurisdiccional–. Se mantiene el monopolio de las supremas decisiones judiciales a través de la unidad jurisdiccional. Esto se recoge en el artículo 117 de la Constitución del 78 y, además, aunque el artículo 152 recoja para el ámbito autonómico, la existencia de un Tribunal Superior de Justicia para su territorio, se integran en la unidad jurisdiccional, en un poder judicial único. En tercer lugar, para cerrar la unificación aparece el papel del Tribunal Constitucional, que es el supremo intérprete de la Constitución, es un Tribunal único en su orden y su jurisprudencia se extiende a todo el territorio nacional. De ahí, la importancia de sus sentencias. Que el concepto indeterminado de autonomía, puede entenderse como dos líneas paralelas que aumentan o constriñen el propio contenido de la autonomía (pero esto, son opciones políticas que tiene el legislador, pues la ley, puede dar más autonomía o quitarla); pero al gozar de derecho de autonomía, el último garante del mismo, es el Tribunal Constitucional, que en última instancia, puede declarar inconstitucional limitar dicha autonomía. Así lo recoge la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5 (la Constitución es la norma suprema pero los jueces y Tribunales la interpretan teniendo en cuenta, las sentencias del Tribunal Constitucional).

El artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal habla de la manera que tiene para establecer la delimitación de competencias entre Estado y Comunidad Autónoma, el bloque de la constitucionalidad (Constitución, Estatuto de Autonomía, Leyes Básicas, de Harmonización, de Delegación, etc.). Con este bloque, el Tribunal Constitucional delimita las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

2. Principio de constitucionalidad u ordenación jurídica: el bloque de la constitucionalidad se convierte en ordenación jurídica, pues no se agota sólo en la Constitución. Delimita el ejercicio del poder autonómico, porque según el artículo 9.1, todos los poderes están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento

jurídico.

3. Principio de igualdad: una igualdad formal recogida, de forma general, en el artículo 14 y específicamente, en el artículo en el 139. En un sentido positivo, todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones; en contraposición, también aparecería un sentido negativo referente a la imposibilidad de medidas que obstaculicen las garantías de esa igualdad, la de todos los individuos, pues hablamos de las competencias exclusivas del Estado, que se encuentran en los artículos 149.1.1 (*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*) y 149.1.18 (*las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*). En estos artículos, aunque se reconozca la igualdad de derechos y obligaciones, el Tribunal Constitucional dice, en sus sentencias, que dicha igualdad no significa rigurosa uniformidad, monolítica uniformidad del régimen jurídico. El régimen jurídico individual de los ciudadanos puede ser diferente según la Comunidad Autónoma a la que se pertenezca. El Tribunal Constitucional dice esto porque hablar de una igualdad uniforme significaría romper con cualquier tipo de autonomía y con el principio de la misma. Es más, esta igualdad uniforme, no existió durante el régimen franquista. Esto da al traste con la igualdad de derechos y obligaciones, pues hay distintos regímenes jurídicos y por tanto, diferentes derechos y obligaciones.

Respecto a la igualdad para las Comunidades Autónomas, todas son en principio, iguales, por sometimiento a la Constitución (artículo 9.1); también son iguales en su representación ante el Senado (artículo 69, apartado 5º) y también son iguales en su legitimación ante el Tribunal Constitucional (artículo 162). Esta igualdad se cierra con el artículo 138.2: las diferencias entre los Estatutos de Autonomía no pueden implicar privilegios económicos y/o sociales. Pero esto no se cumple, pues por ejemplo, hay más derechos para las parejas de hecho en Cataluña que en otra Comunidad.

4. Principio de solidaridad: la relación dialéctica entre principios iguales del artículo 2 –unidad y autonomía–, se articula en última instancia a través de este principio, recogido también en el artículo 2. La solidaridad se recoge en el artículo 40.1 (*los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo*) y 138, apartado 1º (*el Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular*). Esta realización efectiva del principio de solidaridad se articula a través de instrumentos, entre los que destacan:

- Artículo 131: que el Estado planifique la actividad económica.

1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo–terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.

- Artículo 158: el fondo de compensación interterritorial para corregir los desequilibrios íter territoriales.

1. En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.
2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos ínter territoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso.

21-01-02

EL ESTADO DE DERECHO

Según Jorge de Esteban, la tipología tradicional del Estado de Derecho sería:

- A. Estado Legal de Derecho (francés): nos encontramos con la identificación de Derecho y Ley. No hay derecho sin ley. Es la soberanía de la ley. Aparece un Parlamento creador de la ley, no sometido a la Constitución –que no sería en este modelo una norma suprema de eficacia inmediata, sino un conjunto de valores–.
- B. Estado Judicial (modelo inglés): la clave está en los jueces, que tienen una posición central, debido a la práctica jurisdiccional administrando justicia. Crean normas al aplicar las leyes. El derecho no se identifica con la ley, pues hay varias fuentes que crean derecho, teniendo éste, carácter judicial.
- C. Estado Constitucional (EEUU): este modelo, aunque tiene como referente al inglés, no se asimila a él, ya que es un Estado snob, naciendo así, un nuevo Estado, en el que no existiría nada anterior: ni costumbre, ni leyes consuetudinarias, etc., basándose por tanto, en un nuevo principio, la supremacía de la Constitución. Los derechos y libertades no los crean los jueces, como ocurría en el modelo inglés, sino la propia Constitución. Los jueces, controlarían el cumplimiento de ésta.

Para el modelo actual, ya no caben estos tipos clásicos de Estado. El modelo español yuxtapone los modelos, es una simbiosis de los tres. Esta mezcla se puso de manifiesto en la época de entreguerras. Las doctrinas más lúcidas se dieron cuenta de estos cambios. Kelsen, por ejemplo, habla de que Estado de Derecho es una redundancia, puesto que, para él, Estado y Derecho, son lo mismo, todo Estado es de Derecho. Schmitt, en Legalidad y legitimidad –obra clave del Estado legislativo–parlamentario, que él estudia–, habla de tantos Estados de derecho según las acepciones de Estado y Derecho que existan. Dice que el concepto Estado de Derecho se utiliza para lo que cada uno quiere entender como tal, siendo los demás conceptos, según su opinión, contradictorios. Schmitt, idealiza el Estado legislativo de Derecho para ver sus deficiencias y sus límites, que derrumban la tipología de Estado de Derecho clásico. Toma la ley como norma predeterminada, racional y duradera. Cuando la concepción iusnaturalista de Estado burgués de Derecho entra en crisis, su idea e justicia tiene que cambiar, por lo que la ley aparecería con carácter de norma general, manteniendo así, el Estado legislativo de Derecho. La ley es el último reducto que permite distinguir la objetividad de la subjetividad, el imperio de la ley del imperio de los hombres. La distinción entre un poder legislativo y un poder judicial. El carácter general de la ley es imprescindible para entender el imperio de la ley, al que deben ceñirse los jueces. Sin esa generalidad, el órgano que dicta la ley, controlaría a los jueces.

El principio de generalidad de la ley es clave para que la igualdad ante la ley se cumpla. Si en lugar de general fuera concreta, ya no habría igualdad, pues ésta se basa en la pluralidad de los hombres. La crisis del iusnaturalismo dio lugar a un concepto formal de ley, pues ésta, podía ser cualquier cosa que se ajustara al procedimiento del legislador. Ya no habría requisitos como la igualdad, sólo estaría el procedimiento legal. Nace un concepto político equivocado, porque la generalidad de la ley se transforma, equivocadamente, en la ley como expresión de la voluntad general o popular, a través del principio democrático de la mayoría, con representante y la discrecionalidad de éste.

El carácter formal de la ley y el procedimiento legislativo, hacen que el principio de legalidad cambie. La legalidad aparece como técnica, porque, la legalidad de la ley se basa en la confianza sobre los órganos de producción de normas; del Estado legislativo pasamos al Estado burocrático-administrativo. Ejemplos de éste, serían la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Francesa, ésta, porque el propio modelo francés, se basa en reglamentos, normas (que no leyes) que regulan todo lo que no sería materia de ley, aumentando la potestad del Gobierno a través de la potestad reglamentaria. La Constitución alemana intenta reestablecer el concepto de ley con carácter general, lo que es inevitable en el paso al Estado administrativo, pues opera con la legalidad funcional de la burocracia administrativa.

Este cambio de las Constituciones después de la Segunda Guerra Mundial, ya fueron anunciados por Schmitt en la República de Weimar, hablando así, de tres legisladores extraordinarios, que rompen el Estado legislativo parlamentario:

- Ratione Materiae: es la distinción de normas según la materia que traten; legislación ordinaria y legislación superior, que hacen quebrar al Estado legislativo de Derecho, pues el Parlamento, aprobará todas las materias por mayoría simple. Ahora, la Constitución dice qué debe hacer el legislador dependiendo de las materias. Ya no habría supremacía del Parlamento –como ocurría antes–, sino de la Constitución.

- Ratione Supremitatis: habla de la legitimidad plebiscitaria, es decir, habla de un concepto político de ley. Si el pueblo es soberano, el pueblo es un legislador superior al Parlamento, así, las leyes aprobadas vía referéndum, son superiores a las leyes ordinarias.

- Ratione Necessitatis: referente a razones de extraordinaria y urgente necesidad –Decretos–leyes del artículo 86 de la Constitución–, que se sobreponen al Estado legislativo, que quiebra. Son disposiciones que requieren inmediatez, que conllevan la quiebra, pues el Gobierno es el que dicta normas como si las hubiera aprobado el Parlamento, y lo hace de la misma manera. Además, el Gobierno define la necesaria y urgente necesidad, y aunque el Parlamento controlara esa disposición, hasta que haga un dictamen, ya se han generado los efectos de la misma.

No se puede seguir anclado en el Estado legislativo de Derecho, pues no hay un único tipo de normas, sino varios, no un único procedimiento, sino varios ni un único órgano, sino varios.

VALIDEZ Y PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

El valor de la Constitución de García de Enterría y El valor normativo de la Constitución de VVAA, establecen varios artículos que dicen que la Constitución de 1978 supone una revolución jurídica por la novedad radical que conlleva para el constitucionalismo español. Aparece la Constitución como fundamento del ordenamiento jurídico, es una norma eficaz y completamente jurídica. Las declaraciones de derechos, principios y valores, carecían de eficacia jurídica propia, pues no fundamentan recursos. Serían normas programáticas para el legislador, no para los jueces –sólo con el desarrollo de éstos, se convertirían en normas jurídicas–. La Segunda República recogía un modelo de justicia constitucional a través de un Tribunal de Garantías –que no tuvo mucho éxito–. El cambio, se produce con la Constitución de 1978. la Constitución es norma jurídica y los principios más abstractos que incluye, tiene carácter normativo directo. La Constitución establece un principio informador: todo debe ser conforme a la Constitución. Por ello, García de Enterría habla de Constitución como contexto necesario de todas las normas. Éstas, no son elementos aislados, pues forman parte de un ordenamiento, que se enmarca dentro de un contexto: la Constitución. Al leer una norma, debemos hacerlo con respecto a la Constitución. La primacía de ésta se basa así, en que no sólo es norma jurídica, pues también es norma suprema. Esto se encuentra recogido en los artículos 9.1 y 53, en el Título Noveno, Décimo y Disposición Derogatoria:

- Artículo 9.1: es un artículo novedoso, sin precedentes. La influencia clave es el derecho comparado en la Ley Fundamental de Bonn, en sus artículos 20. La Constitución española no recoge la división de poderes, los

define como poderes públicos. Éstos y los ciudadanos, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento, recalcando que la Constitución, forma parte de dicho ordenamiento, aunque sea norma suprema del mismo. En la Ley Fundamental de Bonn se dice que el Parlamento está sujeto sólo a la Constitución. En España, el Parlamento está sujeto a la Constitución y al Tribunal Constitucional como órgano supremo e intérprete supremo de la Constitución. Esta inclusión de la Constitución en las normas del ordenamiento jurídico, habla de esa unidad normativa: todas las normas no serán elementos singulares, agregados, sino que todas toman sentido en relación con la totalidad del ordenamiento. La primacía de la Constitución viene dada por las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que dicen que la Constitución es una norma cualitativamente distinta del resto del ordenamiento. La distinción poderes constituyentes–poderes constituidos es un límite para el legislador por la propia distinción, salvo que la Constitución misma, atribuyera poderes constituyentes al Parlamento o legislador.

La vinculación normativa de la Constitución con respecto a los ciudadanos y poderes públicos hace referencia a un concepto: un poder en sentido amplio del término, que tiene sus límites en los derechos y libertades que la Constitución atribuye a los ciudadanos. Los ciudadanos tienen deberes generales negativos (no hacer) y positivos (pagar impuestos). Los poderes públicos tendrán un deber general positivo (hacer con respecto a la Constitución, artículo 9.2). La Constitución no es sólo un valor normativo, también es valor supremo. Los poderes públicos y los ciudadanos son objetivados, en objeto de derechos (conjunto de derechos y obligaciones). En esta concepción de Constitución como norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento, por tanto, se combinan los modelos estático –contenido de la Constitución como norma superior– y dinámico –estableciendo el sistema básico de producción de normas–, de Kelsen.

No todas las normas tienen la misma eficacia en toda la Constitución. La clave es la relación entre validez, preceptos constitucionales y eficacia. Es la aplicación efectiva de éstas, la que admite distintos grados o tiempos de desarrollo. Unos artículos no tienen aplicación inmediata y otros sí.

- Artículo 53: recoge los distintos mecanismos de garantía de los derechos. Unos, son aplicables y no necesitan normas de desarrollo, pero los derechos del Título III en concreto, son principios rectores que necesitan normas que los desarrollen para ser eficaces.

- Título IX, del Tribunal Constitucional: monopoliza la gestión y recurso de constitucionalidad además de que su doctrina, tiene que ser tenida en cuenta por todos los jueces. También afecta al legislador, que interpreta y legisla con respecto a la Constitución, siendo inconstitucional su actuación fuera de los límites que esta norma establece. Cuando el Tribunal Constitucional da una sentencia, el legislador se plegará a ella.

Los Tribunales de Justicia también deben plegarse a estos principios, planteando la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. No aplican los reglamentos contrarios a la Constitución. Además, los Tribunales ven las leyes según la Constitución –juicio positivo de constitucionalidad–, al dictar sentencias, aceptando la ley. Si no la aceptan, deben, por obligación, plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

- Título X, reforma de la Constitución: procedimiento de reforma agravado. La superlegalidad material y superlegalidad formal de la Constitución originan un procedimiento de reforma agravado, independientemente de los artículos de los que se trate. La Constitución puede reformarse sin acudir a referéndum. Es el Parlamento quien tiene poder constituyente al poder reformar la Constitución.

- Disposición Derogatoria 3ª, la peculiaridad de las leyes constitucionales: se reconoce la supremacía de la Constitución con respecto a las leyes anteriores a ella. Aparece aquí el doble criterio del Tribunal Constitucional:

- Inconstitucionalidad sobrevenida: es la invalidez de las leyes preconstitucionales que se opongan a la Constitución, quedando derogadas. El Tribunal Constitucional alemán estima esa exclusividad para dirimir

por cualquier Tribunal Ordinario y el modelo italiano, la establece sólo para el Tribunal Constitucional.

– Derogación declarada por los Tribunales Ordinarios: en el modelo español existe esta posibilidad. Si aparecen dudas, la cuestión de inconstitucionalidad se eleva, pues tiene entonces, efectos erga omnes. Para el caso del Tribunal Constitucional, estos efectos no aparecen.

18-02-02

LAS FUENTES DEL DERECHO.

El artículo 9.3 no toma todos los principios del sistema de fuentes, aparecen otros muchos, como por ejemplo, el principio de legalidad, el de jerarquía, etc. Pero no aparece el principio de competencia, que es clave. El Tribunal Constitucional toma los principios en relación unos con otros, no son autónomos, porque el objetivo es la seguridad jurídica a través de recursos (tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos). Por ello, hay que analizar el concepto de fuentes, con la prohibición de la arbitrariedad. El concepto de fuentes del derecho, según Jorge de Esteban, es recogido por el Capítulo 8, donde aparecen el principio de supremacía de la Constitución, aún vigente, pero debe ser visto con arreglo al derecho europeo y a sus principios de primacía. Así, aunque se diga que la Constitución es la norma suprema, siempre hay que establecer una relación con el Derecho Comunitario –que prima en caso de choque con la Constitución, pues ella misma, así lo acepta–. En el tercer apartado, se recoge el concepto de fuentes del derecho, que se plantea como múltiple sistema de fuentes. Pero no puede ser múltiple, pues debe ser unitario. Nosotros vamos a hablar de la Teoría del Ordenamiento Jurídico, pero estableciendo antes que el concepto de fuentes, es equívoco, ambiguo, pues aparecen distintas fuentes, distintas definiciones, etc. Podíamos establecer así, definiciones tradicionales de fuentes del Derecho:

- Producción de Derecho: métodos de creación y órganos capacitados.
- Manifestación del Derecho: forma en la que se expresa el Derecho, el texto en el que se concreta.
- Validez del Derecho: razón que valida las normas, el fundamento en que se basa cada norma. La norma inferior se basa en la norma superior y un fundamento último, sería la conclusión de la cadena sucesiva de normas, es decir, vuelta a Kelsen y la Grundnorm.

El carácter equívoco de este concepto lleva a Kelsen a decir que es mejor que se prescinda de él. Los métodos de creación jurídica –una de las acepciones–, se observan mejor en la visión del derecho como auto producción de normas, haciendo referencia a un ordenamiento jurídico escalonado. Así, se fusionan dos conceptos: el de creación normativa y el de aplicación, siendo cada uno de los niveles, creación y aplicación a la vez.

Se aceptaba también como fuentes del Derecho, la doctrina científica, que en este caso, no sería fuente –ahora, se le llama fuente complementaria o indirecta–, pues no lo es si no está recogida en las normas jurídico-positivas, con carácter de obligatoriedad.

El concepto de ordenamiento jurídico escalonado, hace referencia a un ordenamiento que es un todo. Lo importante es analizar cada nivel de la pirámide que recoge el ordenamiento jurídico positivo con la Grundnorm por encima, pero no dentro de dicha pirámide, porque no es una norma jurídico-positiva. En el vértice estaría la Constitución positiva con dos ramas, la Constitución material –producción legal de normas– y la Constitución formal –documento solemne, normas materiales–, plegándose los demás escalones, a este factor.

El nivel del procedimiento legislativo se fundamenta en el carácter material de la Constitución, pero plegándose al carácter formal de la misma. Las normas singulares pliegan su carácter a la superior, que

fundamenta la aplicación de la norma singular –también y sin perjuicio de que el procedimiento administrativo pueda crear sus propias normas–.

Todos los niveles crean y aplican Derecho de forma sucesiva. Los dos únicos niveles que no participarían, son el vértice de la pirámide –pues queda fuera al no ser norma jurídica positiva; sólo es creación para cerrar el sistema– y la base, las normas individuales –pues no son innovación jurídica sino aplicación; no crean otro tipo de Derecho–.

Este modelo se sigue utilizando pero ya no se ajusta a la realidad. Toda la problemática no resuelta con el modelo tradicional desaparecería a través de la noma estática y noma dinámica de Kelsen, pero es en la actualidad, ante procesos como la globalización, cuando se muestra inútil, apareciendo como un modelo caótico.

La problemática en la Teoría de las Fuentes según Kelsen, se resolvería al poner al hombre como persona jurídica, estableciéndose una relación normativa de una unidad con derechos y obligaciones. También la eficacia –para analizar un sistema como Derecho, tiene que basarse en términos coercitivos impuestos, para ser estudiado así como una unidad válida–, y la validez como conceptos de la noma estática, están incluidos en la noma dinámica, lo que significa que la norma no se estudia de forma independiente, sino desde su integración en un ordenamiento jurídico. Ese modelo habla de un propio proceso que se autorregula, que se auto innova desde sí mismo. En este modelo, la ley es también aplicación del Derecho, pero el tercer nivel es aplicación y creación, lo que significa, en última instancia, la no–separación de poderes –todas las autoridades e incluso los particulares, aplican normas y crean derechos, igualándose las funciones–. El grado de discrecionalidad del Estado en su creación de Derecho tendría más libertad en el tercer nivel y menor, en el cuarto escalón. El fundamento en último caso, vendrá de la Grundnorm, y aunque una sentencia sea contraria al legislativo, viene, si es firme, fundamentada en esa Grundnorm. Por tanto, es un modelo que une poder legislativo y judicial.

25-2-02

Las respuestas tradicionales de la Teoría del Ordenamiento Jurídico, no valen para enfrentarse a un derecho cada vez, más plural y móvil. En esta Teoría, los problemas que se resuelven, se ven como problemas internos del ordenamiento jurídico, apareciendo así, otro problema externo. Esto no sirve, porque no se puede analizar el ordenamiento jurídico como entidad autónoma y cerrada, ya que el derecho se ha convertido en un caos, por la yuxtaposición de ordenamientos jurídicos que utilizan los juristas en sus resoluciones –creación novedosa de derecho según Kelsen–.

· **El problema de la unidad:** este problema, que se resolvía a través del principio de jerarquía –el derecho es un sistema escalonado de normas–, no sirve para cerrar el ordenamiento jurídico, pues no resuelve la propia complejidad del derecho mismo. Es más, como principio fundamental para ver el derecho como unidad, se combina hoy con un principio prevalente sobre él, el principio de competencia. Éste, es el principio de competencia entre los distintos órganos, donde se ve en primera instancia cuál es la norma que debe aplicar el jurista. Pero este principio, no es tan claro o formal como el de jerarquía, pues es más difuso, porque las fronteras en la división de competencias, no son nítidas. Este principio de competencia, desde un punto de vista europeo, se convierte en el principio de subsidiariedad –recogido en el Tratado de Maastricht de 1992–, que se traslada no sólo al orden europeo, sino a los ordenamientos internos y se relaciona con la gestión más próxima a los ciudadanos –es decir, la competencia no es de una instancia superior a no ser que no la pueda realizar la inferior–.

· **El problema de la coherencia:** este problema hace referencia a la idea de ordenamiento jurídico como sistema y orden coherente, que no tiene contradicción o antinomia jurídica y se resuelve según los criterios tradicionales mencionados días anteriores. Hoy, son insuficientes, pues no valen para resolver las posibles contradicciones que puedan producirse. La salida a este problema estaría en la propia discrecionalidad del

jurista –libertad que tiene como innovador de producción de derecho–. Es más, no es que al operador jurídico se le presente una controversia sin más, el problema está en que muchas ocasiones, no conoce la norma que debe aplicar. Esta contradicción entre normas que se podría resolver a través del principio de competencia o los criterios tradicionales, se resuelve a través de la discrecionalidad del juez. Pero si no queremos caer en un voluntarismo individualista, la clave estaría en el cumplimiento de fines y objetivos organizativos de una organización estatal, pero ésta, está integrada en otras organizaciones tanto infra como supraestatales, con fines y objetivos propios. La discrecionalidad de los operadores jurídicos, se salva plegándose en los usos y costumbres de la organización en las que están inmersos –a los precedentes judiciales–. En todo caso, si es un juez muy innovador o muy estricto, siempre está el sistema de recursos para articular la ficción de la seguridad jurídica.

· El problema del carácter completo: este problema tiene que ver con la idea de que tiene que haber normas aplicables a cada una de las controversias y se relaciona con la plenitud del ordenamiento jurídico, siendo el criterio común, la auto integración –acudir al ordenamiento jurídico en el que nos encontremos–. Pero en la actualidad, hay más ordenamientos jurídicos en los que estamos inmersos, por lo que la clave estaría en la heterointegración –combinación entre ordenamientos jurídicos–, pues cuando no existe solución en un ordenamiento jurídico concreto, siempre se puede acudir a otro diferente.

· El problema de la pluralidad: este problema que se deriva del anterior, pues hace referencia a la interrelación de los ordenamientos jurídicos, lleva a un complejo monismo de integración y no separación entre ordenamientos jurídicos. Hablamos de coordinación entre ordenamientos jurídicos, o bien en términos de igualdad o bien en términos de subordinación de ordenamientos, y/o yuxtaposición de ordenamientos.

Superada la Teoría de las fuentes del derecho, se supera también la teoría del ordenamiento jurídico como sistema cerrado, como una unidad que se reproduce así misma, estando la clave en la eficacia y aplicación de las normas y no en la validez formal de las mismas.

GRUNDNORM

CONSTITUCIÓN (DOS FACTORES)

PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO, CREACIÓN DE NORMAS DE CARÁCTER GENERAL

PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL O ADMINISTRATIVO; NORMAS SINGULARES

PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN DE NORMAS POR LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES, CONTRATOS, NEGOCIOS, NORMAS INDIVIDUALES QUE REGULAN A LAS PARTES

1º

2º

3º

4º

5º