

DEL DERECHO POLITICO AL DERECHO CONSTITUCIONAL: LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Javier Pérez Royo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

Que la Constitución es el punto de intersección entre la política y el derecho es una de esas «verdades palmarias que no admiten racional contradicción», como hubieran dicho nuestros constituyentes de 1845. Todas las Constituciones dignas de tal nombre, esto es, todas las Constituciones que tienen por objeto la articulación del Estado, han sido sin excepción el punto de llegada de un proceso político y el punto de partida de un ordenamiento jurídico. En esto consiste su especificidad y de ahí es de donde arranca la singularidad del Derecho Constitucional como disciplina dentro del ámbito de la ciencia jurídica.

Ahora bien, si las Constituciones han sido siempre eso, no lo han sido siempre de la misma manera, pudiendo distinguirse con bastante claridad, en lo que a la experiencia continental europea se refiere, dos fases o etapas en la conexión entre la política y el derecho en el propio texto constitucional, cuya línea divisoria es justamente el tema que tenemos entre manos: las garantías constitucionales.

En la primera, que se corresponde con el proceso de imposición del Estado Constitucional a lo largo de todo el siglo XIX y que se prolonga hasta los primeros años del siglo XX, la *Constitución* es el *presupuesto político* para que exista un ordenamiento jurídico digno de tal nombre, esto es, el ordenamiento jurídico propio del Estado representativo, cuya manifestación más significativa es la *codificación*. Como ha demostrado convincentemente Bartolomé Clavero en su análisis de la Idea de Código en la Ilustración Jurídica (*Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, 1979, pp. 81 y ss), aunque la idea de Código se va afirmando progresivamente a lo largo del siglo XVIII, es la Constitución la que posibilita el movimiento codificador y su traducción en resultados prácticos. Sin el poder constituyente no era posible el poder codificador. En este sentido, la Constitución ha sido desde sus mismos orígenes el punto de partida político del ordenamiento jurídico.

Pero, una vez que lo posibilitaba, la Constitución quedaba fuera del ordenamiento jurídico, permanecía al margen del mismo. La Constitución no se convertía ella misma en norma jurídica, en un elemento del propio ordenamiento, sino que permanecía como premisa política fuera del ámbito jurídico, que no comenzaba con la Constitución, sino con la Ley. La enumeración de las fuentes del derecho en el Título Preliminar del Código Civil así lo resaltaba con toda claridad. No sólo quedaba esta materia típicamente constitucional fuera de la Constitución, sino que, además, ella misma no era siquiera mencionada como fuente del derecho. Y no era mencionada, porque no lo era. Por eso, el Derecho Constitucional de esta fase es Derecho Político, adjetivo que indicaba bien a las claras cuál es la naturaleza del documento del que dicha disciplina se ocupaba.

En la segunda fase, que se inicia con la «primera onda» del constitucionalismo democrático después de la Primera Guerra Mundial y que se consolida con la «segunda onda» a partir de 1945 en prácticamente todo el continente europeo, aunque con cierto «retraso» en determinados países como el nuestro, la Constitución, sin dejar de continuar siendo el presupuesto político, la premisa indispensable del ordenamiento, no se queda confinada en esa función, sino que traspasa ella misma la línea divisoria entre la política y el derecho, convirtiéndose, además de en documento político, en norma jurídica, es decir, en el punto de partida no sólo político, sino también jurídico del ordenamiento estatal. El ordenamiento jurídico ya no empieza en la Ley, sino que empieza en la Constitución. El Derecho Político se convierte en Derecho Constitucional.

La línea divisoria entre ambas fases está definida por las garantías constitucionales, ya que sin ellas el tránsito de la política al derecho en el texto constitucional resulta de todo punto imposible. Únicamente las garantías constitucionales permiten asegurar eficazmente la supremacía de la Constitución sobre todas las demás normas del ordenamiento, posibilitando que ésta empiece con la Constitución y no con la Ley. Sin ellas no hay forma de asegurar la subordinación de la manifestación de voluntad ordinaria del Estado (la Ley) a la manifestación de voluntad extraordinaria o constituyente (la Constitución) y, por tanto, de dar carácter jurídico al texto constitucional.

Por el contrario, cuando esto ocurre, la Constitución deja de ser simplemente norma orgánica que regula el procedimiento a través del cual se constituyen y actúan los poderes, los órganos del Estado, para pasar a convertirse en una norma, que, además de hacer todo esto, condiciona el ejercicio del poder por parte de los órganos supremos del Estado y su incidencia en la sociedad con normas, procedimientos y técnicas propias del mundo del derecho y, singularmente, de la administración de justicia.

Las garantías constitucionales son, pues, las que han hecho que el Derecho Político se convierta en Derecho Constitucional. Lo que hoy entendemos en el continente europeo por Derecho Constitucional es el

resultado del trabajoso proceso de imposición de las garantías constitucionales, que son, sin lugar a dudas, el elemento central para la comprensión del constitucionalismo democrático.

Veamos cómo se ha desarrollado el proceso.

UNA CONVIVENCIA DIFÍCIL

¿Por qué ha sido tan difícil el proceso de imposición de las garantías constitucionales en el continente europeo? ¿Por qué ha habido tantas resistencias y se ha tardado tanto tiempo en incorporarlas a la Constitución y hacerlas operativas? ¿Por qué ha parecido existir una suerte de contradicción entre el Estado Constitucional y las garantías constitucionales?

Las preguntas son pertinentes, porque desde bastante antes de que se impusiera el Estado constitucional en el continente europeo se era plenamente consciente de la «peligrosidad potencial» de la nueva forma de organización del poder político que se anunciaba en el horizonte y que se pretendía que sustituyera a la forma normal y secular de organización del poder político conocida en Europa: la Monarquía Absoluta.

Todos los teóricos del Estado sin excepción comprendieron y definieron perfectamente la ambigüedad del Estado constitucional, una forma política que, al disolver las relaciones de supra y subordinación políticas que se extendían por toda la superficie de la sociedad, los poderes intermedios, las desigualdades *de iure*, potenciaba la libertad del individuo, lo convertía en un instrumento de liberación. Pero un poder político que, justamente por suprimir los poderes intermedios y concentrar el poder en una única instancia, puede convertirse en un instrumento de opresión muy superior a todos los conocidos con anterioridad en la historia de la humanidad.

Montesquieu lo diría con su precisión característica: «Abolid en una Monarquía las prerrogativas de los señores, del clero, de la nobleza, de las ciudades: tendréis enseguida un Estado popular o un Estado despótico.» Y poco después añade que los ingleses, que han conseguido aumentar el grado de libertad personal suprimiendo los poderes intermedios, subordinados y dependientes característicos de la Monarquía Absoluta, «tienen mucha razón en conservarla, porque si la perdieran, serían uno de los pueblos más esclavos de la tierra».

En principio, parece que existían las condiciones para que el tema de las garantías constitucionales se planteara y se procurara anclarlas en la Constitución, ya que, en último extremo, las garantías constitucionales no son más que un instrumento de defensa frente a la opresión, y en particular frente a la opresión del poder político, del Estado.

Y, sin embargo, no va a ser así. Aunque en la teoría política y constitucional de la época existe una preocupación por el uso arbitrario y despótico del poder y hay una voluntad expresa por diseñar

mecanismos para controlar el ejercicio del poder estatal, no se pasaría de la reflexión de tipo político, sin que en ningún momento se planteara la articulación jurídica de tales mecanismos, incluyéndolos como parte esencial en el propio documento de articulación del poder estatal.

En el proceso de imposición y de desarrollo inicial del Estado en el continente europeo, a lo más que se llegaría es a la afirmación abstracta de los derechos fundamentales y de la división de poderes como condición necesaria, pero también suficiente, para controlar el ejercicio del poder estatal, identificándose con ellos el propio concepto de Constitución (art. 16 DDHC). El tránsito de la política al derecho todavía estaba muy lejos.

En realidad, si en los momentos fundacionales del Estado se quiere encontrar algo parecido a lo que hoy entendemos por garantías constitucionales, es inútil buscarlas en Europa, sino que hay que acudir a la otra gran tradición constitucional del mundo occidental: la tradición norteamericana.

LA TRADICION AMERICANA

Suele ser frecuente, al constatar la diferente trayectoria constitucional de los Estados Unidos de América y de los países europeos, hacer referencia al hecho de que mientras el constitucionalismo europeo está marcado en sus orígenes y evolución posterior por la forma política desde la que arranca, la Monarquía Absoluta, a la que se enfrenta y con la que tiene trabajosa y necesariamente que romper, en los Estados Unidos no ocurre nada de esto. El constitucionalismo americano no tiene que liberarse, de entrada, de las ataduras de una forma política anterior con vigencia secular, como ocurría en Europa.

No suele serlo tanto, sin embargo, llamar la atención sobre el hecho de que en Estados Unidos sí tuvieron que atravesar por un proceso de liberación colonial, no frente a cualquier tipo de sociedad, sino frente a la única que en ese momento había consumado su revolución burguesa y había impuesto, por tanto, al capital como principio de constitución económica.

Esta doble circunstancia va a conducir, por un lado, a que el constitucionalismo de los Estados Unidos no tenga que superar los obstáculos, los residuos de la organización política correspondiente al modo de producción anterior, que tanto peso tuvieron en la génesis del constitucionalismo europeo y que tanto lo han marcado hasta nuestros días. Y, por otro, en que los problemas que se plantean de entrada y los peligros a los que la organización constitucional ha de hacer frente sean los problemas de una sociedad moderna, capitalista, y los de su forma de organización del poder político, el Estado.

El Federalista refleja de manera bastante fiel este hecho diferencial americano, sobre todo cuando se le compare con las obras de los

autores europeos que asisten al proceso de imposición del Estado en Inglaterra o en el continente europeo. La consideración del Estado como expresión política de la sociedad está presente en ambos lados del Atlántico, pero mientras que en Europa la sociedad que sirve de fundamento al Estado es concebida de una manera mística, abstracta, como una suma de individuos sin más, en los Estados Unidos se la entenderá de una manera real y efectiva, como una sociedad articulada en grupos distintos según su posición en el proceso productivo. Ello va a conducir a un planteamiento radicalmente distinto de los problemas centrales de las relaciones Estado-Sociedad y de su respuesta constitucional.

Para empezar, un planteamiento radicalmente distinto del que ha resultado ser el problema central del Estado constitucional democrático: el problema de los partidos políticos. Mientras que en Europa se procederá en la teoría y en la práctica a la condena más absoluta de los partidos, de las «facciones», como entonces se les denominaba, *El Federalista* llegará a la conclusión opuesta de que no es posible suprimir los partidos sin suprimir la propia libertad política, ya que «las causas latentes de las facciones radican en la propia naturaleza del hombre», siendo «la más frecuente y duradera causa de las facciones la variada y desigual distribución de la propiedad».

Es en las grandes categorías de obtención de renta típicas de las sociedades capitalistas: el capital industrial, el capital comercial, el capital financiero, la renta de la tierra y el trabajo asalariado, que *El Federalista* menciona expresamente, donde hay que buscar el origen de los partidos políticos. Pues «intereses diversos» que arrancan de estas fuentes de renta «crecen necesariamente en las sociedades civilizadas, dividiendo a los individuos en clases diferentes, que actúan con diferentes sentimientos y puntos de vista. La regulación de estos intereses variados y que interfieren los unos en los otros constituye la tarea principal de la legislación moderna y envuelve el espíritu de partido y facción en las operaciones necesarias y ordinarias del gobierno».

Por eso, prohibir los partidos es imposible. Sería peor el remedio que la enfermedad. El interés general no puede afirmarse a través de la negación de los intereses particulares, sino como la síntesis competitiva entre todos ellos, que deben tener la posibilidad de organizarse políticamente, a fin de intentar incidir en la manifestación de voluntad del Estado.

Ahora bien, a partir de ese momento, el problema político y constitucional clave no es tanto el de la protección abstracta de la sociedad frente al Estado, sino el de la protección de la minoría frente al dominio de la mayoría. Esta, según *El Federalista*, es la tarea esencial que se le plantea a la futura Constitución federal de los Estados Unidos. No sólo cómo defender a la sociedad frente al Estado, sino cómo «defender a una parte de la sociedad frente a la otra parte», es decir, cómo proteger a la minoría o minorías frente a la mayoría. Aquí es donde nacerán las garantías constitucionales.

A fin de garantizar la protección de la minoría frente a la mayoría, *El Federalista* rechaza expresamente confiar dicha protección a cualquier instancia no legitimada democráticamente, porque puede ser peor el remedio que la enfermedad, y la hace depender más bien de una articulación territorial del poder que impida la formación de mayorías consistentes y automáticas sobre todos los asuntos. Y así, tras sentar la premisa de que «es de gran importancia en una república no solamente salvaguardar a la sociedad frente a la opresión de los gobernantes, sino también salvaguardar a una parte de la sociedad frente a la injusticia de la otra parte», ya que «si una mayoría está unida por un interés común, los derechos de las minorías no están seguros», *El Federalista* pasa a examinar las soluciones posibles, que, en su opinión, son dos: una primera «creando una voluntad en la comunidad independiente de la mayoría, esto es, de la propia sociedad... que es la que prevalece en todos los Estados que poseen una magistratura hereditaria o que se ha puesto a sí misma»; otra segunda que consiste en «comprender en la sociedad tantas descripciones separadas de individuos que convertirá en algo muy improbable, cuando no completamente impracticable, una combinación injusta de la mayoría de todo el conjunto», solución que «se ejemplificará con la República federal de los Estados Unidos».

La primera de estas soluciones, obviamente referida a los Estados monárquicos europeos, pero perfectamente extensible a cualquier instancia no legitimada democráticamente, no es sino una solución «precaria», dice *El Federalista*, ya que lo mismo puede actuar en un sentido positivo que negativo y es, por lo tanto, inaceptable en un Estado bien constituido, esto es, en un Estado en el que «toda autoridad deriva y sea dependiente de la sociedad». Únicamente la segunda resulta, pues, aceptable: evitar la formación de mayorías sistemáticas sobre todos los temas y favorecer la formación de mayorías *ad hoc*; exigir mayorías «extensas y compuestas», constituidas a nivel nacional, únicamente, pero de manera inexcusable, cuando se trate de reformar la Constitución.

Aquí es donde está el origen de la afirmación de la Constitución como norma jurídica, que ha de imponerse a la manifestación de la voluntad ordinaria del Estado, a la Ley aprobada por la mayoría parlamentaria, que en todo caso no puede ir contra la Constitución, sino que tiene que ser conforme a ella. «La finalidad auténtica y la consecuencia práctica del complicado procedimiento de reforma... es exigir mayorías distribuidas nacionalmente. Es sólo accidental que el procedimiento incluya la posibilidad de que una minoría bloquee (o apruebe) una enmienda. La finalidad de exigir mayorías distribuidas nacionalmente pretende garantizar que no se aprobará ninguna enmienda simplemente con el apoyo de algunos pocos estados con mucha población. En este sentido fue otra concesión a los "federalistas puros", que tenían el dominio de los grandes estados. Al tener que responder a la multiplicidad de intereses, se esperaba además que una mayoría distribuida nacionalmente, comprometida en el proceso solemne de enmienda cons-

titucional, sólo aprobaría enmiendas necesarias y útiles. El proceso solemne evitaría, se esperaba, tal proliferación de enmiendas que convirtiera a la Constitución en un mosaico de enmiendas descuidadamente concebidas» (M. Diamond, W. M. Fisk y H. Garfinkel, *The Democratic Republic: An Introduction to American National Government*, Chicago, 1970, p. 119).

Ahora bien, esa exigencia de mayorías «extensas y compuestas» para reformar la Constitución y conseguir de esta manera una protección permanente de las minorías, sólo es posible si se dispone de un mecanismo para controlar los actos de los poderes públicos, y singularmente los del poder legislativo, pues de no ser así es evidente que sería la Constitución la que estaría a disposición de la mayoría parlamentaria y no la mayoría parlamentaria la que tendría que subordinarse a la Constitución.

Por eso, *El Federalista* (LXXVIII) confía expresamente al poder judicial la tarea de controlar la constitucionalidad de la ley y de anular aquellos actos legislativos que sean contrarios a la Constitución. «La independencia completa de los tribunales de justicia es esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo una Constitución que contiene ciertas excepciones expresas respecto de la autoridad legislativa.» Tales límites de ejercicio del poder legislativo «sólo se pueden garantizar en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuya obligación tiene que consistir en declarar que todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución son nulos. Sin esto, todas las reservas de derechos o privilegios no servirán para nada».

La reforma de la Constitución no tiene sentido si no se la complementa con el control de constitucionalidad de la ley, ya que sin ésta resulta imposible impedir que el legislador pueda vulnerar la Constitución sin que su acto encuentre sanción alguna. De ahí la importancia del pronto desarrollo de la justicia constitucional en los Estados Unidos, casi inmediatamente después de aprobada la Constitución, desarrollo que venía a cerrar el edificio constitucional y a afirmar de manera permanente el carácter de norma jurídica de la Constitución.

Y no sólo eso. Dada la dificultad de transitar al complicadísimo mecanismo de reforma previsto en la Constitución federal, la justicia constitucional se convertirá en el mecanismo ordinario de adaptación de la Constitución a las circunstancias históricas cambiantes, limitándose la reforma de la Constitución a intervenir en aquellos supuestos particularmente innovadores en los que no es posible prescindir de la operación formal de revisar el texto constitucional.

La Reforma de la Constitución es, pues, el *prius* lógico e histórico para la comprensión de la Justicia Constitucional. Pero, una vez que ambas existen, se establece entre ambas una relación de excepción y norma, de garantía extraordinaria y ordinaria, de tal suerte que es básicamente la Justicia Constitucional la garantía constitucional operativa, la garantía en la que descansa el funcionamiento práctico de la Constitución, en tanto que la Reforma queda como una garantía de

última instancia, a la que sólo se recurre cuando se han agotado las posibilidades de adaptación del texto constitucional a la realidad por la vía de la interpretación judicial.

En esta vinculación de las dos garantías constitucionales, así como en la juridificación de las mismas, es donde radica la sorprendente modernidad del Derecho Constitucional americano desde los propios orígenes del Estado Constitucional y lo que convierte a dicha tradición constitucional en el punto de referencia indispensable del constitucionalismo democrático.

LA TRADICION EUROPEA

La experiencia europea es completamente distinta a la de los Estados Unidos de América. La concentración del poder en una instancia única mediante la supresión de los localismos, de los poderes intermedios, subordinados y dependientes que caracterizaban a la Monarquía Absoluta y que tenían un arraigo secular en todos los países europeos sin excepción, es una tarea tan urgente que ella sola va a consumir todas las energías y esfuerzos en el tránsito del Antiguo al Nuevo Régimen, resultando imposible plantearse ningún otro tipo de cuestiones.

Hans Boldt ha descrito el proceso de formación del Estado como un proceso de liberación de la sociedad civil de los obstáculos, de las ataduras de la sociedad feudal-absolutista. Y, sin duda, tiene razón. El Estado tenía ante todo que afirmarse, que imponerse frente a los numerosos poderes de tipo político que se extendían por toda la superficie de la sociedad y que habían marcado todas las relaciones sociales desde tiempo inmemorial.

Esta es la tarea más urgente y casi la única a la que en los momentos fundacionales se le puede prestar atención. Y por eso, a diferencia del planteamiento que acabamos de ver en *El Federalista*, en la literatura política europea de la época el énfasis se va a poner de manera casi exclusiva en cómo se debe conseguir y mantener el monopolio del poder estatal, dejando de lado casi cualquier otra preocupación que no sea la más bien abstracta de la protección genérica de la sociedad frente al Estado.

Los clásicos son concluyentes. «La única forma de exigir un poder común que sea capaz de defender a los ciudadanos de los ataques del exterior y de los ataques de unos contra otros... es conferir todo el poder y toda la fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres», escribe Hobbes en *El Leviathan*, para introducir a continuación su definición del Estado como «una persona de cuyos actos una gran multitud, mediante pactos mutuos, se ha convertido en su autor, con la finalidad de que aquella persona puede utilizar la fuerza y los medios de todos ellos, como ella considere adecuado, para imponer la paz y la

defensa común entre los ciudadanos. El soporte de esa persona es llamado soberano y se dice que tiene poder soberano; toda otra persona al margen de ésta es su súbdito».

De forma similar, Rousseau afirma que las cláusulas del contrato social «bien entendidas se reducen todas a una sola, a saber: la alienación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad». Mediante esta alienación total se constituye el Estado, que «estando formado por los particulares que lo componen, no tiene ni puede tener interés contrario al de aquéllos». En consecuencia, «el soberano, por el solo hecho de que existe, es siempre lo que debe ser».

Pero lo importante no es solamente la afirmación del poder absoluto en su origen, el hecho de que no debe existir en la sociedad más que un poder con el monopolio de la coacción física legítima, que no admite competidores, sino que, además, ese poder absoluto debe continuar siéndolo en su ejercicio. De ahí que Hobbes condene como «injustos» las *factions for government*, ya que «son contrarios a la paz y a la seguridad de los ciudadanos y suponen la sustracción de la espada de las manos del soberano», y que considera como la causa fundamental de la disolución del Estado la «imperfecta constitución del mismo», de la que deriva la «ausencia de poder absoluto del soberano».

En el mismo sentido escribirá Rousseau: «si cuando un pueblo suficientemente informado delibera, los ciudadanos no se comunicaran entre ellos, del gran número de pequeñas diferencias resultaría siempre la voluntad general y la deliberación siempre sería buena. Pero cuando se constituyen pandillas y asociaciones parciales a expensas de la total, la voluntad de cada una de estas asociaciones se convierten en general en relación con sus miembros y particular en relación con el Estado; se puede decir entonces que no hay tantos votantes como hombres, sino como asociaciones. Las diferencias devienen menos numerosas y dan un resultado menos general. Finalmente, cuando una de estas asociaciones es tan grande que se eleva sobre todas las demás, no se tiene como resultado una suma de pequeñas diferencias, sino una diferencia única; entonces no hay una voluntad general y la opinión que se impone no es más que una opinión particular. Importa, pues, para mantener el enunciado de la voluntad general, que no haya voluntad parcial en el Estado y que cada ciudadano no opine más que por sí mismo».

La diferencia entre el planteamiento americano y europeo no puede ser más explícita. A lo único que se presta atención es al proceso de imposición del Estado, a la creación del monopolio del poder a favor del mismo. Lo que interesa no son las «garantías de la Constitución», sino las «garantías del Estado», las garantías que deben de jugar a favor del nuevo poder político, siendo secundaria cualquier otra preocupación. Se confía en que, una vez constituido el Estado, éste actuará como debe hacerlo. La simple división mecánica de poderes y los derechos fundamentales debe ser garantía suficiente. Que el poder político pueda tener una raíz de clase y que, en consecuencia, puede ser utiliza-

do por una parte de la sociedad frente a la otra parte es una de esas cuestiones que no caben en el horizonte europeo de la época.

Por eso, aunque el punto de partida inicial no era intelectualmente muy distinto en ambos lados del Atlántico —soberanía nacional-popular, poder constituyente, superioridad del poder constituyente sobre los poderes constituidos—, el peso en la práctica de la tradición plurisecular de una sociedad monárquica y aristocrática forzará un compromiso entre el Antiguo y el Nuevo Régimen en el proceso de aclimatación e imposición definitiva del Estado Constitucional en Europa, en el que no tendrán cabida las garantías constitucionales. Compromiso, además, de duración notable, ya que, con matices diferenciales sin duda, dominará todo el siglo xix y primeros años del xx.

En efecto, tanto si el régimen político se inclina en la dirección de la Monarquía Parlamentaria (República, en el caso de Francia) como si lo hace en la de la Monarquía Constitucional o Limitada, las garantías constitucionales no llegarán a afirmarse y a alcanzar la dimensión de instituciones jurídicas, porque faltan sencillamente las condiciones políticas para que ello sea posible.

Y ello por dos motivos que no son sino expresión de las premisas básicas sobre las que se eleva el constitucionalismo del período.

En primer lugar, porque la Constitución consiste fundamental y casi exclusivamente en la existencia del poder legislativo, del Parlamento. Se trata de la expresión política de la sociedad civil, a través de la cual intenta autodirigirse políticamente, controlando primero y adueñándose después del poder del Estado. En consecuencia, nada que menoscabe la autoridad del Parlamento —y las garantías constitucionales están pensadas básicamente frente a él— puede resultar políticamente aceptable.

P. Laband, en la segunda mitad del siglo, lo diría de manera rotunda: «No hay en el Estado voluntad superior a la del soberano y es de esta voluntad de la que tanto la Constitución como las leyes extraen su fuerza de obligar. La Constitución no es un poder místico que planea por encima del Estado; sino que, como cualquier otra Ley, es un acto de voluntad sometido a continuación a los cambios de ésta. Un texto puede, ciertamente, prescribir que la Constitución no debería ser modificada por vía de consecuencia (es decir, por leyes que afecten a su contenido), que sólo puede serlo directamente, por leyes que modifican su texto. Pero cuando una tal limitación no está establecida por una regla positiva, no puede ser deducida de la naturaleza jurídica de la Constitución y de una diferencia esencial entre el acto constitucional y las leyes ordinarias. El principio de que las leyes particulares deben estar siempre en armonía con la Constitución y que es necesario que no sean incompatibles con ella, es únicamente un postulado de la práctica legislativa, no un axioma jurídico. Aunque parezca deseable que el sistema de derecho público y privado establecido por las leyes no esté en contradicción con el texto de la Constitución, la existencia de una tal contradicción es posible de hecho y admisible de derecho, de la

misma manera que lo es una divergencia entre el Código Penal, el Código de Comercio o la Ley de Enjuiciamiento Civil y una ley especial posterior.»

La cita es larga, pero creo que vale la pena. Difícilmente se puede encontrar una definición más precisa del mundo constitucional europeo y de sus diferencias respecto de la tradición americana. Las referencias, por lo demás, podrían multiplicarse y en todos los países europeos sin excepción.

A la mencionada posición del Parlamento y de su manifestación de voluntad radicalmente incontrolables en cuanto voluntad del Estado hay que añadir, en segundo lugar, la circunstancia de que el número de ciudadanos con derecho a participar en los asuntos públicos era un número extraordinariamente reducido, como consecuencia de la generalización del sufragio censitario. La sociedad civil que se expresaba políticamente a través del Parlamento era la sociedad burguesa, esto es, una sociedad oligárquica. Y este tipo de sociedad, como describió convincentemente J. Bryce a finales del siglo pasado, huye de fijar estrictamente las reglas del juego político, dejando a los actores del mismo el más amplio margen de maniobra. «Las constituciones flexibles —decía Bryce— tienen una afinidad natural por una estructura de gobierno aristocrática... Existe una suerte de atracción natural entre una aristocracia y una forma de gobierno indefinida y elástica, de la misma manera que ha empezado a existir en la mayor parte de los países modernos, una repulsión natural entre tal forma y una democracia auténtica.»

La comunidad de intereses entre los partícipes del proceso político y su radical diferenciación frente a los demás justifica plenamente la «confianza» recíproca entre los agentes del mismo en la que descansa la Constitución. De ahí que el siglo XIX y primeros años del XX sea la época del «constitucionalismo flexible» por excelencia, esto es, de la inexistencia de límites jurídicos para la manifestación de voluntad conjunta de los titulares del poder legislativo, por lo general el Rey y las Cámaras. Como dirían nuestros constituyentes de 1845 y repetirían los de 1876, «la potestad constituyente no reside sino en la potestad constituida, ni ésta es otra en nuestra España que las Cortes con el Rey... Las Cortes con el Rey con la fuente de todas las cosas legítimas; su potestad alcanza a todo».

Independientemente de que en cada país se manifestara con características específicas, lo determinante en último extremo para la inexistencia de las garantías constitucionales en Europa es la ausencia de los presupuestos políticos indispensables, sin los cuales dichas instituciones no son ya no planteables, sino ni siquiera pensables. Pues la juridificación de un problema político-constitucional exige la maduración de unas condiciones políticas, en ausencia de las cuales resulta imposible tal operación. Sin duda, esto es lo que ocurrió en la Europa del XIX y primeros años del XX con las garantías constitucionales.

Únicamente en el tránsito al constitucionalismo democrático se

irán creando, de manera lenta y azarosa, las condiciones para la inicial incorporación y posterior aclimatación de las garantías constitucionales, aunque habrá que esperar al momento posterior a la Segunda Guerra Mundial y a que se despejara definitivamente la «incógnita democrática», que los fascismos europeos habían representando, para que el constitucionalismo democrático se asentara y, con él, se impusieran de manera definitiva dichas instituciones y, con ellas, la afirmación de la Constitución como norma jurídica.

La lógica del proceso, a nada que se preste un poco de atención al curso de los acontecimientos históricos, salta a la vista. Como subrayó de manera repetida uno de los juristas que más contribuyó a la articulación jurídica del Estado democrático en Europa, Hans Kelsen, dicho Estado ha de basarse sobre dos pilares: el primero, obvio, consiste en la reconducción de la voluntad del Estado a la mayoría generada en la propia sociedad civil sin filtros de ningún tipo; el segundo, complementario del anterior, consistente en la organización con técnica jurídica de instituciones de control de esa voluntad socialmente mayoritaria. Pues «la esencia de la democracia —diría H. Kelsen— no reside en el imperio sin límites de la mayoría, sino en el *compromiso permanente* entre los grupos del pueblo representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría», compromiso permanente que comporta la existencia de unas barreras, de unos límites para la acción política de la mayoría y la minoría fijados por la Constitución y que únicamente pueden ser modificados a través del procedimiento previsto en la misma, ya que «el dominio de la mayoría sobre la minoría sólo es soportable en la medida en que se le apoye jurídicamente».

La Constitución no es, en última instancia, otra cosa que la explicitación del compromiso originario que se fragua en el proceso constituyente y el fundamento del compromiso permanente ulterior. Y de ahí que la existencia de instituciones de control en la forma de garantías constitucionales, en la forma de garantías que la Constitución se da a favor de sí misma, de su superioridad frente a los poderes constituidos, frente a la simple mayoría social que se expresa en una mayoría parlamentaria, se convierte en el tema clave del Derecho Constitucional democrático. Garantías que tienen necesariamente que revestir la forma de una garantía extraordinaria, excepcional, a la que ha de recurrirse cuando se quiere innovar el pacto constituyente y que justamente por eso se convierte en el núcleo esencial de la Constitución, en la «Constitución de la Constitución»: la reforma. Y una garantía adicional, complemento de esta última que es la garantía ordinaria, de uso permanente, que es la Justicia Constitucional.

Existe, pues, como suele ocurrir por lo demás casi siempre en el Derecho Constitucional, una estricta correspondencia entre la lógica política y la lógica jurídica. La Constitución democrática, como la Constitución monárquica-liberal decimonónica, descansa en un compromiso, en un pacto. Pero no en un pacto entre el Estado monárquico y la sociedad civil filtrada a través del sufragio censitario, esto es, la

«sociedad burguesa», sino en un pacto interno a la propia sociedad, en un pacto entre fuerzas sociales diferentes e incluso antagónicas, políticamente organizadas de forma diferenciada, ya que desde finales del XIX los partidos «obreros» constituyen un punto de referencia obligado del panorama político europeo. De ahí que si a la Constitución decimonónica le bastaba, e incluso le convenía, el modelo de constitucionalismo «flexible» basado en la *garantía política* de la institucionalización de los agentes del pacto, al constitucionalismo democrático esto le resulta absolutamente insuficiente. Para los partícipes en el compromiso democrático no basta la garantía política, sino que es esencial que dicha garantía asuma forma jurídica, que el compromiso no quede a disposición de cualquier mayoría parlamentaria futura, sino, al contrario, que esté garantizado contra ella.

La rigidez es, pues, como ya intuyó Bryce, un elemento «esencial» del constitucionalismo democrático, algo consustancial con la *organización jurídica del poder en una sociedad democrática*. Pues el punto de partida de este constitucionalismo no es la «confianza» entre fuerzas sociales hegemónicas, sino la «desconfianza» entre fuerzas sociales heterogéneas y antagónicas, ninguna de las cuales estaría dispuesta a firmar un pacto que quedara a merced de cualquier tipo de mayoría parlamentaria en el futuro. De ahí la universalización de las cláusulas de reforma y la progresiva generalización de la justicia constitucional, así como la importancia cada vez mayor de ambas instituciones en el ejercicio del poder por parte de los órganos supremos del Estado.

No creo que sea necesario reconstruir este proceso detenidamente, porque han sido muchos los estudios que recientemente se han publicado sobre el mismo. Lo que sí me interesa resaltar es que en el constitucionalismo democrático europeo se ha vuelto a reproducir el esquema americano: constitución como norma jurídica, reforma de la Constitución como condición *sine qua non* para su afirmación como tal norma, pero como una garantía extraordinaria o excepcional a la que sólo se ha de recurrir en última instancia y justicia constitucional como complemento indispensable de la Constitución rígida y como instrumento ordinario de interpretación de la Constitución y de adaptación de la misma a los cambios que se producen en la sociedad.

La doctrina jurídica ha reflejado esta conexión entre el propio concepto de Constitución y ambas garantías constitucionales, analizándolas a ambas en función del proceso de interpretación del texto constitucional. La obra de K. Hesse es un buen ejemplo.

En efecto, para K. Hesse, la Constitución no es simplemente un reflejo de la realidad social en el sentido que F. Lassalle le daba al concepto, sino que la Constitución se caracteriza de manera muy principal por su pretensión normativa, es decir, por su voluntad de incidir en la realidad sobre la que tiene que operar, expresando un debe ser.

Ahora bien, esta pretensión normativa no es separable de sus condiciones de realización, sino más bien al contrario. Una pretensión nor-

mativa que resulta irrealizable en la práctica no es en realidad nada. La Constitución, por lo tanto, en cuanto norma jurídica, es inseparable de su proceso práctico de realización, de lo que K. Hesse define como «concretización».

Ello supone, como fácilmente puede comprenderse, que la interpretación de la Constitución se convierte en una cuestión clave, si no en la cuestión clave del Derecho Constitucional. Pues la interpretación de la Constitución, como ocurre por lo demás con el resto de las normas que integran el ordenamiento, es el instrumento básico de realización, de concretización de la Constitución, es decir, es el instrumento que permite que la Constitución sea realmente tal, al adaptarla al cambio que se produce en las relaciones sociales y posibilitar, en consecuencia, que siga teniendo vigencia. Pues, como dice K. Hesse textualmente, «con el cambio de las relaciones que se dan en la realidad también la interpretación de la Constitución puede cambiar e incluso tendrá que cambiar».

El contenido de la Constitución tiene que ser, por lo tanto, un contenido que permanece «abierto al tiempo» (*in die Zeit hinein offen*), es decir, un contenido susceptible de experimentar mutaciones a través de la interpretación a medida que cambien las relaciones en las que la Constitución tiene que realizarse, que concretarse.

Este contenido se corresponde con las características de las normas constitucionales, que K. Hesse, siguiendo a F. Müller, define por la combinación del programa normativo (*Normprogram*) y del ámbito normativo (*Normbereich*), es decir, por la combinación de la voluntad expresada en la norma y por la realidad que pretende normar.

En consecuencia, en la medida en que se producen cambios en el ámbito normativo, tienen que producirse también cambios en el programa normativo, que no puede ser indiferente a aquéllos. Y de ahí que se produzca de manera necesaria una mutación constitucional constante, de mayor o menor importancia, según el contenido concreto de la Constitución que esté en juego, pero de forma ininterrumpida.

Esta mutación, esta mudanza, no puede, sin embargo, ser ilimitada, según K. Hesse, uno de cuyos trabajos más relevantes en relación con el tema lleva significativamente como título *Grenzen der Verfassungswandlung* (Límites de la mutación constitucional). La mutación constitucional, que es consustancial con su concepto de Constitución, tiene que tener sus límites. Y ésta es una cuestión sumamente importante, pues la Constitución no puede disolverse en «pura dinámica», ya que dejaría de ser el elemento estabilizador y asegurador de la vida en sociedad que pretende ser, además de que dejaría de jugar el papel sumamente importante que K. Hesse, siguiendo una importante tradición jurídica democrática, le otorga de «protección de las minorías».

Ciertamente, esta cuestión de los límites de la *Verfassungswandlung*, de la mutación constitucional a través de la interpretación de la Constitución, es también una cuestión de interpretación. Y, con ello, como

ya apuntaba antes, nos podemos encontrar ante una suerte de círculo vicioso. K. Hesse no puede dejar de reconocerlo. Pero como solución propone el respeto al texto constitucional como límite último de la operación interpretativa. Dice textualmente: «Allí donde acaban las posibilidades de una comprensión llena de sentido del texto normativo y donde se produciría una mutación constitucional en inequívoca contradicción con el texto de la norma terminan las posibilidades de la interpretación de la norma y con ellas acaban también las posibilidades de una mutación constitucional.»

Es a partir de este momento cuando entra en juego la institución de la reforma de la Constitución. La reforma constitucional es un instrumento para resolver los problemas que no pueden serlo mediante la interpretación. «Pues la cuestión de la reforma de la Constitución aparece exclusivamente en el momento en el que la elasticidad y el carácter abierto de la Constitución no son suficientes para enfrentarse con el problema que se plantea.» Es decir, allí donde el sentido de la regulación normativa no puede ser realizado en la realidad que ha cambiado, sólo queda la posibilidad de una revisión de la Constitución.

Entre la *Verfassungswandlung* a través de la interpretación de la Constitución y la reforma existe, pues, un *Stufenverhältnis*, ya que, en palabras de K. Hesse, «la problemática de la reforma de la Constitución comienza allí donde acaban las posibilidades de la mutación constitucional».

Como puede verse, el tema de la reforma no es tratado sino como una especie de apéndice, como una consecuencia más que K. Hesse extrae del propio concepto de Constitución del que él arranca y de la importancia que en tal concepto ocupa la interpretación del texto constitucional. Esta última es la que realmente plantea problemas. La reforma de la Constitución, por el contrario, en cuanto tal institución autónomamente considerada, apenas si los tiene. Cuando le llega su turno, se trata simplemente de dar cumplimiento a los trámites previstos en la propia Constitución y nada más.

En realidad, lo que ha hecho la doctrina en general es describir el proceso que se ha repetido en todos los países que han introducido la justicia constitucional en su sistema constitucional. Incluso en la República Francesa, que siempre ha manifestado tantas resistencias a la institución del control de constitucionalidad de la ley, la evolución de la V República ha ido aproximando su experiencia a la de los demás países europeos con control de constitucionalidad.

En todo caso, es lo que ha ocurrido en España a lo largo de estos catorce años de experiencia constitucional democrática, por voluntad expresa, además, del constituyente de 1978, que no sólo previó un sistema de garantías constitucionales del que cabía esperar dicho resultado, sino que, además, impuso en la práctica un desarrollo inmediato de la Constitución en lo que al Tribunal Constitucional se refería, señal inequívoca del modelo de Constitución y de interpretación de la misma que se quería que se impusiera en la práctica. De ahí que la LOTC fuera

la primera ley importante de desarrollo de la Constitución que se aprobó en la primera legislatura constitucional y, además, por el procedimiento de urgencia.

Hoy en día es una cuestión totalmente pacífica en la doctrina española la relevancia de la jurisprudencia constitucional en nuestro sistema constitucional. Pero esto no es lo que me interesa resaltar en estos momentos, sino lo siguiente: tal como está discurriendo el proceso político, en el que no hay ningún partido con apoyo mensurable en la sociedad española que propugne la reforma de la Constitución, y tal como se está desarrollando la actividad del Tribunal Constitucional, la relación entre la garantía ordinaria y la extraordinaria de la Constitución no va a ser en España diferente de la que ha sido en otros países de nuestro ámbito histórico y cultural.

Si cabe, es de esperar que en España se dé una sobrevaloración de la garantía ordinaria de la Constitución frente a la extraordinaria superior a la que se ha dado en otros países. Y por razones estrictamente políticas de dos tipos:

En primer lugar, porque el consenso que se generó de manera expresa en el proceso constituyente y del que salió la Constitución de 1978 fue muy amplio, no quedando prácticamente ningún sector de la población cuantitativamente importante marginado del mismo; no existe, por lo tanto, base social para reivindicar la reforma de la Constitución y menos para plantearla como una tarea urgente, aunque sí exista una opinión bastante generalizada de que hay instituciones, como el Senado, que mejor sería que estuvieran configuradas de modo distinto.

Y, en segundo, porque tras la experiencia española de los años treinta y las propias dificultades de la transición a la democracia, teniéndose que superar diversas maniobras de tipo involucionista y un ensayo expreso de golpe de Estado, es evidente que en la sociedad española existe una opinión prácticamente unánime de que no es el momento todavía para llevar a cabo reformas en el texto constitucional, sino para hacer que funcione tal como está y que se convierta, tal como está, en un documento que esté por encima de toda discusión. Una vez que esto se haya logrado, será el momento de poder reformarlo.

En consecuencia, y por un período de tiempo previsiblemente amplio, la garantía de la Constitución va a descansar en última instancia en el Tribunal Constitucional, quien será el encargado de controlar, cuando así se le plantee, la interpretación que vayan haciendo de la Constitución los demás operadores jurídicos, y singularmente los órganos constitucionales más importantes del Estado, fijando de esta manera los límites dentro de los cuales tienen que moverse los «poderes» del Estado para que actividad sea constitucionalmente aceptable.

Y, en este sentido, hay que destacar que si bien el Tribunal Constitucional ha sido bastante flexible a la hora de interpretar la Constitución, no dejándose «apresar» por el texto de la misma, de tal suerte que se redujera de manera inaceptable el margen de maniobra de los pode-

res públicos, flexibilidad que se ha puesto de manifiesto de manera señalada en su interpretación del título VIII y en su jurisprudencia sobre «fuentes del derecho», donde ha llegado a consolidar una especie de «mutación constitucional» en lo que al Decreto-ley se refiere, no por ello ha dejado de marcar, en consonancia con los postulados defendidos por la mejor doctrina extranjera que se acaba de ejemplificar en la obra de K. Hesse, que la interpretación de la Constitución tiene sus límites, que tales límites en buena medida proceden del propio texto constitucional y que no es admisible que, bajo el pretexto de «reducir ambigüedades» o de «integrar hipotéticas lagunas», ni siquiera el legislador «cruce la línea divisoria entre el poder constituyente y el poder constituido», ocupando una posición que no le corresponde. Mientras no se reforme la Constitución, el texto aprobado por el constituyente tiene que ser respetado, sin que quepa una «interpretación auténtica» que imponga de forma generalizada su «lectura» de la Constitución a todos los demás operadores jurídicos. Esta es una tarea que sólo puede hacer el Tribunal Constitucional y nunca de forma general, sino sólo caso a caso, según las condiciones específicas del problema que se plantee.

En todo caso, y a pesar de las críticas que tal Sentencia motivó en su momento, es evidente que la afirmación de la Justicia Constitucional como garantía de la Constitución puede darse por consolidada y que es en ella donde está descansando y va a descansar en el futuro próximo la afirmación de la Constitución como norma jurídica y su superioridad frente a las manifestaciones de voluntad de todos los poderes constituidos, incluido el legislador.

Desde esta perspectiva, la experiencia española no se diferencia, no ya sustancialmente sino ni siquiera de forma apreciable, de la de aquellos otros países europeos que tuvieron dificultades similares a las nuestras en la imposición definitiva del Estado Constitucional Democrático.

II. DOCUMENTACION

