

TEMA 7. EL CONCEPTO ACTUAL DE ESTADO

Apuntes elaborados por María Casaseca, Alumna de Derecho Político 1 en la
Universidad de Salamanca el curso 2006/2007.

Definición de ESTADO: pueblo organizado en un territorio sometido a un único poder. Por tanto la soberanía se caracteriza por tres elementos: territorio, pueblo y poder soberano.

Territorio: el territorio de un Estado es un ámbito geográfico (espacio físico) que abarca la tierra firme, el espacio aéreo, las aguas colindantes y el subsuelo, sobre el que se ejerce el poder soberano

Aguas colindantes: hasta doce millas excepto los casos donde haya menor distancia con otro Estado, por ejemplo un estrecho.

Subsuelo: hasta donde es susceptible de aprovechamiento económico

Espacio aéreo: hasta las capas inferiores de la atmósfera

Tierra firme: el problema es que hay que definir la frontera y no es sencillo, hay un conflicto de Estados. El establecimiento de fronteras irregulares es consecuencia de la sucesión de conflictos militares, de las guerras (por ejemplo Gibraltar británica por el Tratado de Utrecht -paz por la guerra de Sucesión y constatación de la derrota europea de España- o el Rosellón francés) Los países de formación posterior por guerras de descolonización tienen fronteras más regulares (Texas) También hubo casos en que las fronteras se quisieron fijar por culturas (por ejemplo la India, que era mayoritariamente hindú y minoritariamente musulmana, por lo que se creó Pakistán este y oeste (actualmente el este es Pakistán y el oeste es Bangladesh) lo que supuso el desplazamiento forzoso de población. Bangladesh consiguió su independencia tras una Guerra Civil)

El territorio es hasta donde llega el poder de Estado, por ello también se entienden como territorio otros espacios físicos situados fuera del ámbito geográfico del propio Estado donde el poder que manda no es el poder geográfico donde se encuentra (embajadas, aeronaves y naves comerciales) Entrar en una embajada es una agresión al territorio de un Estado.

Pueblo: conjunto de ciudadanos con derecho al voto. Pueblo no es lo mismo que población (conjunto de seres humanos que viven en un determinado lugar) El que no es ciudadano no tiene por sí mismo el derecho al sufragio activo y pasivo (*activae civitatis*) Los demás sí pues los derechos son universales, de todos los seres humanos. Los derechos de ciudadanía son los derechos vinculados al sufragio. Por tanto el componente jurídico del pueblo es la titularidad de derechos por parte de los ciudadanos que se establecía sólo para los ciudadanos de todos los derechos. No puede prosperar porque hay que reconocer los derechos a todos los seres humanos. La idea de pueblo se vincula exclusivamente a los derechos políticos de sufragio activo y pasivo (participar en las elecciones), derecho característico de todos los ciudadanos en el siglo XIX para garantizar la igualdad de todos los seres humanos. Entonces la distribución de la renta no estaba justificada. Hoy el extranjero o inmigrante tampoco puede votar. Las

discriminaciones son posibles cuando están justificadas y son proporcionadas. La edad de voto se vincula a la madurez, no a la educación como ciudadano.

El pueblo es un elemento esencial del Estado, por eso una idea abstracta de pueblo incluye a las generaciones pasadas y a las venideras. Hay una vinculación especial con el Estado: padres e hijos han sido y serán españoles. Detrás de la noción de pueblo hay una vieja idea: tenemos un pasado y un futuro común mientras queramos seguir siendo pueblo.

Hay un elemento sentimental muy fuerte vinculado a la vieja idea de nación, es decir, se tocan los sentimientos de pertenencia a un determinado pueblo o nación. El problema es que nación, sentimiento de pertenencia, compromiso común con un Estado a su vez se vincula a otras cosas: una historia, una cultura, lengua, raza o enemigos históricos de esa comunidad...Es este contexto es muy difícil permitir que otras personas de determinados valores, culturas, razas...concurran en igualdad de condiciones a la formación de Estado.

En un mundo globalizado la exclusión del no nacional del derecho de sufragio acabará convirtiéndose en una exclusión igual de arbitraria que la de los pobres del siglo XIX. El problema de todo esto es que cada vez hay menos poder soberano, menos pueblo y menos frontera.

Poder soberano: el verdadero problema que hoy se plantea es la crisis del concepto de soberanía, que se vincula al proceso de globalización: desaparición de las fronteras culturales, económicas, empresariales...Los cambios técnicos y tecnológicos han provocado que el Estado haya dejado de ser el centro del ejercicio del poder.

Crisis del Estado y crisis de la soberanía van juntas. Veremos la crisis de la soberanía como reflejo de la crisis del Estado en dos vertientes: una crisis vertical (externa e interna) y una crisis horizontal (los nuevos espacios transnacionales) El Estado antes intentaba resolver todos los problemas del ciudadano, pero hoy esos problemas exceden a las posibles soluciones del Estado. Antes, de forma razonable, podía dirigir su propia política y establecer sus prioridades, pero con la globalización se queda corto (un problema o crisis en un país puede afectar a otros) El Estado está indefenso, por sí solo ya no puede resolver los nuevos problemas; ahora tiene que establecer en la medida que pueda organizaciones que sí sean eficaces para hacer frente a esos problemas. Esto son las organizaciones supraestatales, como por ejemplo la UE.

Lo grave es que donde hay poder hay peligro. El constitucionalismo y la Constitución existen para limitar el poder, y aquí hay poder político y económico más allá del Estado. Antes se limitaban los excesos de las empresas regulando la propiedad o las condiciones laborales, pero ahora no. Donde hay poder, hay abuso. Pero la Constitución sólo limita el poder del Estado porque el Estado es el único poder soberano.

La crisis del Estado lleva aparejado necesariamente una crisis de la soberanía y de las fronteras, por ejemplo, la República Checa en 1988 no es lo mismo que hoy. El Estado, al no ser capaz de resolver problemas actuales y al desdibujarse las separaciones (fronteras) entre Estados (o al entrar en crisis), se ha visto afectado por una segunda tendencia dentro del mismo, lo que en algunos países ha ocurrido de forma muy clara. Si el Estado no es eficaz, si está demasiado lejos de los ciudadanos como para resolver sus problemas concretos, si jamás ha sido capaz de articular de forma razonable la heterogeneidad cultural dentro de un Estado ¿para qué lo queremos? Impide nuestro desarrollo como colectividades especiales y no resuelve los problemas. El Estado es una

entidad homogeneizadora, es decir, trata a todos por igual con independencia de donde sea uno, o cual sea su cultura, historia, idioma o sentimiento de pertenencia.

Desde 1980 se aprecia que muchos países organizados de forma centralizada o de forma federal pura se estructuran ahora en formas absolutamente peculiares para satisfacer demandas identitarias, se descentralizan. Por ejemplo, en España, Italia (cinco regiones con estatuto especial y el resto con el mismo régimen), Bélgica (desde 1992 descentralización territorial y cultural simultáneamente), Portugal (se descentraliza parcialmente, régimen especial en las Azores y en Madeira)...

La crisis del Estado lleva además aparejado una crisis interna: no tiene sentido pertenecer a un Estado si lo verdaderamente importante es pertenecer a una organización supraestatal.

Pero también hay poderes infraestatales poderosos, entidades privadas más allá del Estado: el Arco Alpino. Es la organización regional internacional más desarrollada.

Desde la teoría y política del Estado se reacciona contra todo esto “escondiendo la cabeza” y continuando el sostenimiento del mito de que el poder soberano es todopoderoso y se expresa en el poder constituyente que elabora una constitución que se impone a todos los ciudadanos y cuerpo jurídico. Los supuestos de organización supraestatal e infraestatal no son más que autorizaciones expresas de ese poder constituyente para crear nuevas instancias de ejercicio de poder. Es la forma en la que el pueblo decide organizarse, y si alguna vez no nos gusta se modifica la Constitución para eliminar las instancias inferiores al Estado.

Es una explicación formal que el Estado es soberano. No podemos oponernos a una decisión de la ONU, o de la UE o de la OMC. Formalmente sí, pero realmente no. Antes, cuando éramos Estados independientes unos de otros sí, pero ahora no porque estamos interrelacionados.

Hay, por tanto, nuevos planteamientos del concepto de soberanía que veremos a continuación: la post soberanía, los lugares metaconstitucionales y la soberanía en red o reticular.

Ahora el poder supremo es la confluencia, la colaboración entre los viejos poderes constituyentes (estatales) y los nuevos poderes constituyentes.

El Estado pierde la exclusividad de ente que responde todos los problemas, por tanto, si no resuelve los problemas sería mejor que existieran entidades más pequeñas, homogéneas social y culturalmente, más cercanas al individuo...

El Estado también sufre una crisis transversal.

Hay zonas separadas por fronteras estatales que se ven como artificiales, especialmente si se está integrado en una comunidad supraestatal: el Rosellón, Euskadi norte y Euskadi sur (separados por el río Bidasoa), Irlanda Norte y Sur, el Arco Alpino, los Sudetes (Alemania y República Checa)...

Mantenemos que la soberanía sigue existiendo desde un punto de vista formal. La soberanía existe mientras haya un único poder constituyente, que es el pueblo del Estado. El pueblo es el poder constituyente y el poder soberano. Existe un pueblo europeo, somos ciudadanos europeos, pero no podemos decir que ingleses, alemanes, españoles o rumanos seamos el mismo pueblo. Seguimos manteniendo un mismo pueblo, que es el del Estado. El pueblo es el de cada Estado, y cuando se producen modificaciones en los atributos propios de la soberanía (transmisión de poder a instancias subnacionales, creación de organismos internacionales...) tales cosas existen porque el poder supremo soberano lo ha permitido. Este poder soberano se manifiesta a través de una norma jurídica: la Constitución. En España la constitución permite la

integración de instancias supra e infranacionales, la descentralización española...el poder soberano español está a salvo. Podemos eliminar la descentralización española mediante reforma o cambio de constitución, podemos salir de la UE, etc. Pero en la realidad España no tiene sentido fuera de la UE (entre otros), no es viable o posible, y por ello es discutible que sigamos siendo soberanos, es sólo formal.

Ahora se habla de entidades o **entes post soberanas**: aquellas que formalmente siguen siendo soberanas pero han cedido parte de sus poderes a su vez a otros entes nuevos y diferentes del Estado, que ejercen más o menos libremente atributos propios de la soberanía estatal tradicional. Por ejemplo España, que ha cedido poderes a la UE, que ahora ejerce poderes que eran propios de la soberanía, como por ejemplo emitir moneda. Ya no hablamos de la plena disposición del poder supremo, sino que el poder lo partimos por encima, por debajo o transversalmente. Estos entes son creados, no los conocíamos, no son Estados (aunque algunas comunidades autónomas aspiran a serlo) pero ejercen poderes propios del Estado.

El problema es que la constitución y el constitucionalismo sirven para limitar el poder. Si el poder ya no es sólo del Estado, si hay otros entes que ejercen poder, habrá que limitarlo también. Por eso en los últimos años se habla de la aparición de **lugares metaconstitucionales**, entes que, al ejercer parcialmente poderes, requieren que les apliquemos las categorías o conceptos o límites que son propios del derecho constitucional. Son meta en el sentido de que no son perfectos, son limitados e imperfectos, ejercen sólo determinados poderes que tienen atribuidos, y son constitucionales porque tienen que limitar el poder, y se limita dividiendo y reconociendo derechos fundamentales.

Esto explica que exista una carta de derechos de la UE promulgado (pero no en vigor), un pacto de protección de derechos de Estrasburgo, dos pactos universales de derechos (1966)... incluso los estatutos de autonomía tienen derechos en la actualidad. Esto implica que entidades supranacionales tengan su propia división de poderes, y que, por tanto, lo que más nos preocupa respecto a estas entidades es precisamente su legitimación democrática. Además del Estado con constitución, derechos y división de poderes hablamos de **entidades en red**, entidades conectadas que actúan de forma conjunta y no exclusiva, de manera que no sólo hay un único poder soberano, sino una red de poderes soberanos, y no una única norma constitucional (la del Estado), sino una red de normas constitucionales. Por ejemplo, la reforma de estatutos, o más claramente la “Constitución europea” o Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa. Si no hay un Estado no hay una constitución, sino un Tratado (acuerdo de Estados) Se llama así porque usamos el término constitución para intentar limitar el poder. El problema es que no hay pueblo. Para que lo haya tiene que haber una discusión o proceso político-democrático entre los ciudadanos.

APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO ACTUAL DE CONSTITUCIÓN

Hay tres formas de aproximación:

1. Aproximación a través de un concepto racional normativo (predominante)
2. Concepto histórico de constitución

3. Concepto sociológico de constitución

Los conceptos histórico y sociológico siguen teniendo influencia hoy.

1. CONCEPTO RACIONAL NORMATIVO DE CONSTITUCIÓN

Ya expuesto. Entiende que la Constitución es una norma jurídica suprema (elemento formal) que regula materias particularmente importantes (elemento material) y que se elabora o aprueba como consecuencia de una determinada ruptura histórico-política de un pueblo en un determinado momento, esto es, para entender este concepto hay que entender tres elementos: formal, material y constitutivo.

1.1 Elemento constitutivo

Norma que se aprueba en un determinado momento de ruptura: en España, la transición democrática (Constitución de 1978 tras la muerte de Franco) o el paso de una monarquía a la república (1931). Se cambia cuando el modelo de convivencia de una determinada comunidad no sirve, deja de ser útil y aceptado. Ahora bien, si un modelo de convivencia deja de ser útil debe ser bastante claro o nítido, se ha tenido que producir algún tipo de quiebra o sustitución de un régimen anterior: una guerra civil, un levantamiento militar, la muerte de un dictador, una revolución, una derrota en la guerra...El modelo de convivencia se sustituye por otro y se necesita llegar a un acuerdo entre todos los ciudadanos: un contrato o pacto social, de gobierno (Hobbes, Locke, Rousseau) que es, metafóricamente, **“el gran pacto social”** o gran acuerdo que funda el poder. Por eso la elaboración de una constitución es la creación o renovación del Estado, “el gran pacto social”. La aportación de Hobbes a la democracia se basa en que hay que justificar el poder sobre la base del consentimiento. Ahora también, el pacto y el consentimiento están escritos en la norma constitucional.

Sobre cómo debe ser la ruptura diremos que depende de varios factores:

- en Europa occidental las rupturas son radicales, brutales, donde no sólo se pretende renovar o reconstruir el modelo de convivencia política, sino que también se busca un modelo de convivencia social, es decir, es una revolución política pero también social-económica.
- En EEUU habitualmente no existe una voluntad de transformación social-económica. Hay cambios políticos importantes pero no revolución económica detrás de estos cambios.
- En Reino Unido no hay cambios radicales en el siglo XX mientras que en España hay varios (1929, 1931, 1936, 1978...) La constitución inglesa no ha sido creada, sino que ha crecido. En Reino Unido desde aproximadamente la Revolución de 1668 no ha existido ningún cambio político radical o fuerte. Por eso se dice que ha crecido, que ha cambiado mucho pero poco a poco. Los constituyentes ingleses carecen de constitución escrita porque nunca ha cambiado de forma radical su convivencia política, aunque estuvo a punto en el año 1917 con la Home Rule para Irlanda. La **Home Rule** de Irlanda fue el estatuto que dotaba a Irlanda de cierta autonomía, dentro del Reino Unido de

Gran Bretaña e Irlanda. Desde finales del siglo XIX, los líderes del Partido Parlamentario Irlandés demandaron una mayor autonomía para Irlanda, con, entre otras medidas, la creación de un parlamento irlandés dentro del Reino Unido. El PPI hizo pasar 4 proyectos de Home Rule por el Parlamento del Reino Unido: 1886: No superó la Cámara de los Comunes. 1893: Tras ser aprobado por la Cámara de los Comunes, fue rechazada por la Cámara de los Lores 1912: Aprobado por el Parlamento, pero que no entró en vigor por el estallido de la Gran Guerra (1914-1918) y el Levantamiento de Pascua (1916) 1920: La única Home Rule en entrar en vigor, bajo el nombre de Acta de Gobierno de Irlanda. Desde la tercera Home Rule (1912), los unionistas se posicionaron en contra de éste, firmando sus opositores, con Edward Carson a la cabeza, el Pacto del Ulster. El siguiente estatuto confirmaría la división de la Isla de Irlanda

Por tanto:

- Reino Unido no tiene momento constituyente
- EEUU es evolutivo con cambios de tipo político
- Francia es radical

Las rupturas a veces son dadas en cuanto a contenido, pero no son espectaculares. Es el caso del New Deal de Roosevelt en EEUU (paso del liberalismo al proteccionismo) Roosevelt es el único presidente que ha durado tres mandatos. El New Deal tardó en instaurarse como consecuencia del Tribunal Supremo americano. En la primera legislatura, Roosevelt amenazó con cambios en el número de magistrados del Tribunal Supremo (pasaron de 9 a 18 con el fin de nombrar 9 los suyos que le sacaran adelante las elecciones) El Tribunal Supremo cambió su jurisprudencia y aceptó la constitucionalidad de las medidas del New Deal sin que hubiera cambios en los magistrados. Una política liberal sin intervencionismo en la economía pasa a ser una política del Estado de bienestar porque así lo decide el Tribunal Supremo. Ocurre lo mismo con la defensa de derechos en EEUU. La Guerra Civil norteamericana supuso dos modificaciones en la constitución americana (decimotercera y decimocuarta enmiendas)

En qué condiciones creamos una constitución

Usamos para ello la idea de poder constituyente, que es el que crea la constitución, es decir, el pueblo. Decimos que el pueblo actúa como poder constituyente cuando es activo en la vida política. Con **Ackerman (“constitucional politics y normal politics”)** vimos que en momentos de lucha política hay que llevar a cabo una búsqueda de consensualidad o de modelos de convivencia, tenemos que hablar de un pueblo movilizado políticamente. Los ciudadanos son conscientes de que lo que se está discutiendo es fundamental, es la convivencia futura: democracia, autonomía, lengua, derecho al aborto, eutanasia... Cuando nos planteamos estas cosas como realidad de futuro decimos que es un momento constituyente. El pueblo discute porque tiene que tomar decisiones políticas importantes para su convivencia. El momento constituyente es el del ciudadano movilizado. Estamos estableciendo las “decisiones políticas fundamentales” de una comunidad de **Schmitt***, lo que va a constituir el elemento material que regula la constitución. Una constitución regula la limitación del poder, o lo que es lo mismo, las decisiones políticas fundamentales. Se adoptan dos tipos de decisiones esenciales:

- Parámetros de justicia que asumimos como propios: ideas de justicia que inspiran nuestra convivencia. Le damos al poder una **legitimación material**, lo que el tipo de Estado puede y no puede hacer. Para ello tenemos que ponernos de acuerdo en cuáles son y por ello deliberamos públicamente. Estos son los derechos. Para cambiarlo tenemos que reproducir esas condiciones de acuerdo (valores esenciales)

- Debemos, además, establecer los procedimientos a través de los cuales el Estado procede a tomar sus decisiones. Formas, órganos y procedimientos para que las discusiones que se tomen cumplan el objetivo de limitar el poder: división de poderes, descentralización, monarquía o república, órganos del poder judicial, Tribunal Constitucional, cambio constitucional...es decir, una **legitimación formal** o fórmulas de adopción de decisiones.

* **Carl Schmitt** (Plettenberg, Alemania, 1888 - † id., 1985) Jurista de Estado alemán. Adscrito a la escuela del llamado Realismo político. Escribió centrado en el conflicto como objeto de estudio de la ciencia política, y más concretamente la guerra. Su obra atraviesa los avatares políticos de su país y de Europa a lo largo del siglo XX. Como Heidegger, militó en el Partido Nacional-socialista de los Trabajadores alemanes, pero las amenazas de la S. S., que le consideraba un advenedizo, le apartaron del primer plano de la vida pública. Como Maquiavelo, le ha perseguido una leyenda legendaria.

1.2 Elemento material

Hace referencia a qué regula una constitución, regulación de las materias consideradas fundamentales. La Constitución tiene su propio objeto típico: la limitación del poder mediante dos tipos de normas (derechos fundamentales y organización básica del Estado)

Dependiendo del momento histórico se regulan las cosas de una determinada forma. El único punto de referencia que asumimos como válido para plantearnos qué regula una constitución es el Artículo 16. de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia: “Un Estado que no garantice los derechos fundamentales y no determine la división de poderes, carece de constitución” La ***Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*** fue una declaración de principios de la Asamblea Constituyente francesa, realizada el 26 de agosto de 1789, que fue el prefacio a la Constitución de 1791. Se basó en la teoría de la voluntad general de Rousseau y en la división de poderes de Montesquieu así como en los derechos naturales que defendían los enciclopedistas. Por tanto, la constitución suele ocuparse de regular la división de poderes y los derechos fundamentales.

La división de poderes no es la misma en el tiempo: los derechos del siglo XIX (Estado liberal) no son los mismos que los del XX (Estado social) Además, una constitución es un texto pequeño (la Constitución española de 1978 tiene 169 artículos, muchos menos que el Código Civil) porque no pretende regularlo todo. La constitución es un marco de convivencia muy general que establece lo mínimo para esa convivencia, es decir, no entra en regulaciones concretas normalmente, sino que se hacen en otro lado. Es un marco que requiere un complemento permanente de otras fuentes del Derecho que pueden introducir. Cambian la forma de entender la constitución pero no pueden contradecirla. Por ejemplo, el Parlamento se regula en dos títulos de la constitución, pero lo hace a grandes rasgos. Acudimos al

reglamento de cada una de las Cámaras para ver cómo se regula completamente. Lo mismo ocurre con el Artículo 15. “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.” ¿quiénes son todos? ¿los concebidos y no nacidos? ¿un óvulo fecundado? Jurídicamente sí tienen derecho a la vida, pero cede ante otros derechos (salud de la madre, etc.) Los parámetros de justicia para resolver este problema están en la Constitución, son el propio artículo (“Todos tienen derecho a la vida...”) La Constitución fija los procedimientos para resolver esos problemas (acudir a leyes, sentencias del Tribunal Constitucional...) Por tanto, en Derecho constitucional usamos la constitución y todo lo demás: la ley de partidos políticos, una legislación penal específica, la sentencia del Tribunal Constitucional... Sólo hay un texto normativo que se llame constitución, pero para entenderlo necesitamos todo lo demás. Además, dada la estructura del proceso constituyente actual se trata de una norma abierta al tiempo y al cambio.

1.3 Elemento formal

El elemento constituyente explicaba el material y el formal. En este caso hablaremos del poder constituyente situado por encima del poder constituido. El elemento formal hace referencia a la garantía de la eficacia y vigencia de la Constitución como norma jurídica suprema, y, por tanto, directamente aplicable a los ciudadanos y a los poderes públicos.

La norma ha de ser suprema y no puede modificarse por la actuación de ningún órgano, sólo por el poder constituyente que es el órgano que la creó. La Constitución es una norma jurídica suprema. Ningún órgano y norma puede contradecirla, lo cual quiere decir que es vinculante, pero que plantea el problema de cómo aseguramos que sea verdaderamente respetada o esté verdaderamente vigente. Lo aseguramos de forma distinta según cual sea la amenaza que penda sobre la constitución, porque la amenaza puede adoptar una doble naturaleza ya que pueden existir:

- Amenazas jurídicas: un legislador que incumple la Constitución, un poder ejecutivo que no respete los derechos fundamentales, una Comunidad Autónoma que no respete la distribución de competencias., un policía que no garantice la libertad de un ciudadano...
- Amenazas políticas: pretenden acabar políticamente con el orden constitucional, acabar con la existencia de la constitución. Por ejemplo si Euskadi se declara independiente, la dependencia de los cartageneros al grito de ¡Viva Cartagena! en 1874...

Ante estos dos tipos de agresiones o amenazas existen dos tipos de protecciones: protección ordinaria o jurídica y protección extraordinaria o política.

A) Protección ordinaria o jurídica de la Constitución frente a las amenazas jurídicas. Consiste en la necesidad de salvaguardar la norma suprema frente a los intentos de quebrantarla por medio de la aprobación de otras normas.

La protección ordinaria o jurídica tiene dos sistemas: la reforma constitucional y la protección jurisdiccional (jurisdicción constitucional):

a) La reforma constitucional, entendida como la rigidez de las constituciones (Constitución rígida es la de difícil reforma respecto a la de aprobar una ley ordinaria), es una garantía porque significa que el legislador no puede cambiar de constitución. Sin esta garantía un legislador la cambiaría en cualquier momento, como sucede en Reino Unido. Establecemos un procedimiento más difícil, pero en el fondo lo que hacemos con esto es reproducir las condiciones en las que se adoptó la propia constitución. Un poder constituyente requiere una ciudadanía movilizadora que se ponga de acuerdo en cuestiones básicas. Con el procedimiento de la reforma constitucional establecemos unas mayorías más fuertes (posibilidad de referéndum, referéndum obligatorio...), provocamos que se reproduzca el mismo o parecido nivel de acuerdo que se estableció cuando se aprobó la constitución. Esto nos plantea dos problemas o consideraciones teóricas respecto a la reforma:

1. La caracterización conceptual del poder de reforma. Este poder de reforma ¿es constituyente o es constituido? Es un poder movilizador, pero no hace falta ruptura alguna sino que continúa por donde dice la constitución. Si fuera constituyente sería soberano, pero el poder de reforma tiene por encima la constitución. Tampoco es un poder constituido porque puede reformar o cambiar la constitución. Por tanto diremos que el poder de reforma es un poder constituyente-constituido (constituyente porque puede modificar la constitución y constituido porque puede hacerlo de acuerdo con las reglas fijadas en la constitución)

2. El poder de reforma constituyente-constituido puede cambiar la constitución, pero ¿puede cambiarla entera? En el Artículo 168 de la Constitución española de 1978 podemos ver que el poder de reforma puede realizar la reforma total de la Constitución, pero, para realizarla, igual que para reformar la parte de derechos fundamentales y la parte de la Corona, el procedimiento es muy costoso: disolución de las Cámaras, convocatoria de elecciones, elaboración de texto, referéndum, mayoría exigida...

Es un error conceptual: el poder de reforma no puede cambiar la constitución entera porque eso sólo lo puede hacer el poder constituyente que no tiene límites. Si se cambia entera no sería una reforma. La modificación de elementos esenciales identificativos de una constitución no debe hacerla el poder de reforma, sino el poder constituyente (monarquía o república, centralización o descentralización...) Por eso determinadas constituciones introducen “**cláusulas de intangibilidad**”, elementos intocables, inmodificables. Varias son las Constituciones que incluyen en su seno materias inmodificables cualquiera que sea el procedimiento de reforma. Es más claro en el Artículo 79.3 de la Ley fundamental de Bonn de 1949 contiene varias cláusulas de este tipo referentes a la división de la Federación en Länders o al principio de cooperación de éstos en el ejercicio de la potestad legislativa o a los principios contenidos en sus artículos 1, referidos a los derechos inviolables e inalienables o la dignidad; y 20, por las que se reconoce el Estado federal, democrático y social, así como el derecho de resistencia. Es coherente porque si el poder de reforma no tiene límite sería un poder constituyente. La Constitución italiana de 1947 también establece la imposibilidad de reforma de la forma de gobierno republicano (artículo 139) Las cláusulas de intangibilidad aunque no estén expresadas en la constitución sí van a existir tácitamente.

La constitución española comete un error conceptual para reformar la Constitución, donde se dan dos procedimientos: el ordinario y el agravado.

> **Procedimiento ordinario:** Artículo 167 de la Constitución española de 1978:

I. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

II. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

III. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Este es un procedimiento razonable de reforma, aseguramos que se esté de acuerdo en la reforma y que una minoría (un décimo del Congreso y del Senado) pueda pedir que se pronuncie el pueblo.

> **Procedimiento agravado:** Artículo 168:

I. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo II, Sección I del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

II. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

III. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación

Aquí está el problema, pues es muy complicado:

- que se aprecie la necesidad de la reforma (que sea conveniente)
- que lo aprueben 2/3 de cada Cámara
- que luego se disuelvan las Cámaras y se convoquen nuevas elecciones
- las nuevas Cámaras deberán aprobar la reforma con mayoría
- además tiene que haber referéndum

Normalmente hacen falta 3/5, pero ahora son 2/3 después de las elecciones y el referéndum. Se utiliza para la reforma total (para cambiar la constitución), lo que es un absurdo teórico puesto que un poder de reforma no debe cambiar totalmente la constitución o modificar determinados aspectos de la misma. Estos aspectos son el Título preliminar, la Sección I capítulo II título I (derechos fundamentales más esenciales de la persona humana) y el Título II (relativo a la Corona, donde está la trampa)

Se hace muy difícil la reforma de partes de la Constitución, entre ellas la de la Corona. Se comete así el error de pretender que una reforma signifique un cambio fundamental de la Constitución. También implica que nadie discuta en el futuro la forma de la jefatura del Estado en España. Con esto se produce el error conceptual de que una modificación en la constitución pueda suponer un cambio fundamental, pero se garantiza así la Corona.

Conclusión:

La Constitución puede quedarse anticuada o el pueblo puede querer cambiarla. Si sin importantes las hará el poder constituyente en sí mismo, pero para que se manifieste necesitamos que el pueblo se movilice (ruptura histórica, revolución...) → Ackerman. A veces no tenemos que llegar a este extremo. A veces la Constitución prevé el poder de reforma para cambiar la Constitución. Es un poder constituido porque procede de la Constitución y está regulado en el Título X de la misma, pero si puede

cambiarla es a la vez un poder constituyente. Esto es una contradicción, por lo que se le llama poder constituyente- constituido: puede cambiar normas de la constitución y debe estar sujeto a ella.

El poder de reforma de la constitución no puede cambiar toda la constitución. En el artículo 168 CE se le permite cambiar todo de acuerdo a un procedimiento. Esto es un absurdo teórico porque la legitimidad del poder de reforma procede de la constitución ¿tiene sentido decir que si es derivado de la constitución puede destruir al poder del que procede? No parece razonable. El constituyente es un poder soberano, sin límites. El de reforma es con límites (en algunas constituciones son expresos por el poder constituyente originario: cláusulas de intangibilidad, y otras veces las cláusulas son implícitas y buscamos en la constitución los principios esenciales consustanciales a las decisiones del constituyente del 79) El artículo 169 permite a un poder limitado cambiar la constitución, y por eso es un absurdo teórico.

b) Protección jurisdiccional de la Constitución frente a la ley. Tradicionalmente hemos visto que en la época del Estado liberal (XIX) la constitución era un mero documento político porque las funciones de norma suprema las cumplía la ley. Si queremos un sistema donde la constitución se imponga a la ley habría que fijar alguna forma de asegurar que las leyes respetarán el contenido de la constitución. Necesitamos la presencia de un “guardián” de la constitución de carácter jurisdiccional y nos encontramos con dos grandes modelos de referencia y un tercero mixto.

1°. *Modelo de control concentrado de raíz kelseniana*. Se trata del control por un tribunal “ad hoc”. La ley procede del Parlamento (representantes populares) y se aprueba con un procedimiento dialéctico de carácter público que asegure la democraticidad. La ley es voluntad de los representantes de los ciudadanos y tiene legitimidad. El custodio de la constitución en el siglo XIX se decía que debía ser el Parlamento, siendo así controlador y controlado. Hay un **debate** en los años 30 entre **Schmitt y Kelsen**. Schmitt decía que el defensor de la constitución debía ser el jefe del Estado y Kelsen opinaba que no debía ser un órgano político, sino un Tribunal, pero no uno que perteneciera al poder judicial puesto que eso suponía colocar al poder judicial (neutral, independiente pero sin legitimidad democrática directa) por encima del legislativo. Kelsen defiende que debe crearse un Tribunal específicamente destinado a controlar la constitucionalidad de las leyes, conformidad del presidente del Parlamento con la constitución. Ahora bien, este Tribunal no enjuiciará casos concretos, sino que determinará en abstracto, sin referencia a un conflicto o supuesto si la ley era o no conforme a la constitución. Sería una especie de legislador negativo (decidirá lo que es constitucional y lo que no lo es) y por tanto sus decisiones se limitarían simplemente a declarar si la ley respeta o no respeta la constitución, esto es, sus sentencias tendrían efectos generales, es decir, serían decisiones que afectan a todos los ciudadanos, o lo que es lo mismo, *sentencias erga omnes* (para todos los ciudadanos) con *efectos extunc* (efectos desde siempre) Se actúa como si esa ley jamás hubiera existido. Esa ley en realidad nunca existió porque el Parlamento no podía aprobarla. Esta construcción supone muchas dificultades, algunas son las siguientes:

- declarar que una ley es contraria a la constitución y actuar como si nunca hubiera existido significa un problema grande. Por ejemplo el problema constitucional que surge cuando la ley no regula algo, como ocurrió con el caso de la no regulación de emisoras privadas que impedía a los ciudadanos crear su propia TV. El Tribunal constitucional tiene que cubrir esa omisión.

- cómo se nombra ese Tribunal, cuánto dura, cómo se renueva...El modelo español es de los más depurados

2º Modelo de control del constitucionalismo difuso o de raíz americana

Se lo debemos al juez Marshall en *Marbury vs. Madison*. Se trata del control por los tribunales ordinarios. A principios del siglo XIX, Marshall (presidente del Tribunal Supremo norteamericano) hizo la siguiente argumentación: todo juez al resolver un caso debe aplicar todo el ordenamiento jurídico. Cuando existe una contradicción entre las normas que componen el ordenamiento, el juez debe establecer qué norma es la aplicable al caso, de forma que si una norma posterior dice una cosa y la anterior otra en igualdad de rango, se aplicará la posterior. Si la ley dice una cosa y la constitución otra, la ley habrá intentado modificar la constitución sin seguir el procedimiento previsto en la misma, y deberá aplicar la norma superior incluida en la constitución. Eso no significará que el juez declare que la norma es inconstitucional, sino que el juez inaplica en el caso planteado la norma que considera inconstitucional. Cada juez puede inaplicar una norma sea del rango que sea si considera que es inconstitucional. Por eso se le llama modelo difuso, porque es todo el poder judicial. Cualquier tribunal, todos los jueces.

El control de la constitucionalidad de la ley es concreto con motivo de un caso. El proceso no tiene como objeto principal decidir si la ley es o no constitucional, tiene que resolver ese supuesto y, en el marco de esa constitución, ver si es constitucional o no. Por ejemplo la ley corcuera o ley de la patada en la puerta, que planteaba un problema de acuerdo con el Artículo 18 de la Constitución española de 1978 (El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito). Hay incompatibilidad entre la ley corcuera y este artículo. La ley no se recurrió. El único sujeto que puede anularla es el Tribunal Constitucional. Lleva aparejado la inaplicación al caso de la ley, luego tiene efectos *inter partes* y *ex nunc*. Los Tribunales se pronuncian para ese caso y sólo en ese momento, no se anula la ley, sino que se tiene como no existente.

Este sistema tiene un problema a priori, práctico y evidente: si todos los jueces pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, unos dirán que sí y otros que no. Sin embargo estamos en un sistema anglosajón de Common Law donde la jurisprudencia es fundamental y rige el principio *Stare Decisis* * en virtud del cual las decisiones que adopte la más alta instancia jurisdiccional (en EEUU el Tribunal Supremo norteamericano) vinculan esas decisiones a todos los Tribunales inferiores, lo que quiere decir que cuando el Tribunal Supremo norteamericano declara en un caso concreto que una ley es inaplicable, el resto de Tribunales que componen la judicatura de EEUU tendrán que inaplicar esa ley y hacerlo en tanto en cuando el Tribunal Supremo no cambie su postura. De esta forma, en los casos de inconstitucionalidad acabaremos ante el Tribunal Supremo norteamericano que decidirá si la ley es inaplicable o no. Aunque la sentencia formalmente sólo tiene efectos *inter partes*, el resto de Tribunales deberá considerar inaplicable la ley, pero no anularla, y con eso resuelven el problema teórico de que no se pone por encima del legislador. No es su competencia anularla, simplemente aplican el Derecho. Para que esto funcione hay que pertenecer a un país del Common Law, con un determinado nivel de judicatura y un determinado prestigio.

Con el tiempo los dos modelos se han ido aproximando (modelo concentrado y modelo difuso) En el concentrado se han ido introduciendo elementos de control difuso:

el recurso de amparo (sistema de protección extraordinario de derechos del Tribunal Constitucional que se ocupa de casos concretos), cuestión de inconstitucionalidad (sistema por el cual cuando un juez duda de la constitucionalidad de una ley que es fundamental para resolver el caso puede preguntar al Tribunal Constitucional. Así se cargaron la ley corcuera)

* *Stare decisis* es una locución latina, que se traduce como "mantenerse con las cosas decididas", utilizada en derecho para referirse a la doctrina según la cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente y vinculan como jurisprudencia a aquellas que se dicten en el futuro. La locución proviene de acortar una más extensa, *stare decisis et non quieta movere*.

Esta doctrina es propia del derecho anglosajón, y no tiene tanta fuerza en sistemas de derecho continental, en donde la jurisprudencia tiene una obligatoriedad mucho más reducida y la capacidad del juez de interpretar la ley según su criterio es mucho más amplia.

La mayoría de los sistemas, sin embargo, reconocen que la jurisprudencia reiterada debe de alguna forma vincular a los jueces pues, si bien son independientes, es necesario evitar que sus sentencias sean totalmente imprevisibles o que dicten sentencias contradictorias de forma caótica

3°. *Modelos mixtos y competencias añadidas*: hay algunos modelos mixtos, como por ejemplo el francés (patria de la voluntad general) donde el control de constitucionalidad es un control previo sólo para determinados tipos de leyes. El Tribunal que juzga (Consejo constitucional) está compuesto por juristas y políticos (por ejemplo ex - presidentes de la República)

En países latinoamericanos conviven el control difuso y el concentrado y suele existir una sala de lo constitucional en el Tribunal Supremo, es decir, los sistemas de protección de la Constitución frente a la ley pueden tender a fundirse, no tienen que ser necesariamente puros.

B) Protección extraordinaria o política de la Constitución frente a las amenazas políticas. Con los ataques o amenazas políticas o existenciales a la constitución se plantea la propia pervivencia o continuidad de la norma constitucional. Es un problema particularmente difícil porque nos encontramos los supuestos en los cuales se está atacando a la constitución, está en peligro que la propia constitución rija. Para defender la existencia de la constitución hay que suspender la aplicación de preceptos constitucionales.

¿Cómo defender la vigencia de la constitución en situaciones como Golpes de Estado, catástrofes naturales, epidemias..., es decir, en estados de sitio, de excepción y de alarma? Schmitt decía que el verdadero poder soberano es el que decide sobre las situaciones de excepción. Tradicionalmente en situaciones excepcionales suspendemos partes de la constitución, por ejemplo cuando hay catástrofes naturales es el ejército el encargado de ordenar ese problema. La protección extraordinaria de la constitución se ha ido limitando con el tiempo, se han establecido cautelas graduando los estados excepcionales y garantizando la presencia de un control democrático sobre esos estados, es decir, que tradicionalmente se llevaba a cabo la suspensión de la constitución, pero se empieza a regular después de la IIGM, cuando empezamos a ver una modulación en la gravedad de las amenazas, controles en su declaración y limitaciones a la suspensión de

derechos individuales. Lo vemos en el Artículo 116 de la Constitución española de 1978:

1. Una Ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las Leyes.

El estado de alarma tiene que ser autorizado por el Congreso de los Diputados, no lo puede decretar el Gobierno, además por tiempo limitado y se siguen celebrando elecciones. Cuando se declaran algunos de estos estado se mantiene una cierta normalidad constitucionalidad y democrática.

De esta forma hemos conseguido controlar y evitar estas situaciones en países más desarrollados.

El problema es que las amenazas actuales a la constitución y a la vigencia de un determinado sistema político en los países de nuestro entorno ya no derivan de guerras, revoluciones o desastres, sino de las amenazas terroristas, y éstas por definición no están localizadas territorialmente dentro del país aunque proceden a veces de regiones localizadas. Para luchar contra los fenómenos terroristas se articula, copiando el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, una forma de protección de la constitución tremendamente peligrosa: **la suspensión individual de garantías.**

Los estados de alarma, excepción y sitio (por orden de importancia) se aplican en un determinado territorio. En el caso de los terroristas ¿qué hacer? No se pueden suspender los derechos de todos los ciudadanos a causa de un grupo de terroristas, por lo que se prevé que se pueda producir la **suspensión individual de garantías.** Esto se refleja en el Artículo 55.2 de la Constitución: *"Una Ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas."*, que se remite a la LO 4/88 que regula ese artículo. Viene a decir que para determinados tipos de delitos (especialmente terroristas) se pueden establecer limitaciones a algunos derechos, es

decir, se suspenden algunos derechos. Pero ¿cuándo sabemos que se está cometiendo ese tipo de delito? ¿cómo sabemos que la persona a la que se le aplica la ley es delincuente de ese tipo de delitos? ¿somos capaces de aplicar estas restricciones de derechos? Todos podríamos parecer delincuentes. La suspensión individual de garantías es, por otra parte, necesaria.

El peligro de esta legislación es que es una legislación de excepción y hay que mirarla con enorme prudencia, hay que ser siempre prudentes con todo lo que sea restricción de derechos. En estados de excepción sabemos en qué territorios están vigentes. Por ejemplo, un terrorista tiene derecho a un abogado pero se suspende la capacidad de elección de abogado durante 72 horas para evitar que se utilice al abogado para avisar al resto de la banda. No elimina los derechos pero sí garantiza la eficacia para luchar contra este tipo de delitos. Guantánamo es una suspensión individual de derechos y es peligroso.

La fortaleza del Estado democrático de Derecho se encuentra en dar derechos a todos por igual, en derechos garantizados o reconocidos para todos los individuos. Cuando no reconocemos los derechos a alguien, perdemos legitimidad, fuerza moral para exigir a los demás que se comporten de una determinada forma. Es un objetivo irrenunciable. Siempre hay que garantizar los derechos del ciudadano, especialmente de los delincuentes (GAL). El Estado de Derecho es un ente ficticio, no siente como los seres humanos que lo dirigen, sólo conoce de los derechos y hasta el peor de los delincuentes los tiene.

2. CONCEPTO HISTÓRICO DE CONSTITUCIÓN

El concepto histórico se contrapone al racional-normativo. Es el resultado de la ideología conservadora frente al liberalismo racionalista. Frente a la razón oponen la historia. Tiene gran éxito durante la vigencia de la monarquía constitucional en Europa (siglo XIX) **Edmund Burke** (1729-1707), escritor, esteta y pensador político británico conservador, sostiene que no es posible que en una constitución se regule la forma de ser y de existir de un determinado pueblo porque cada pueblo se construye a sí mismo a través de conceptos históricos lentos, continuados, a través de pequeños pasos. Por tanto la constitución no es resultado de un momento constituyente. Por tanto, cada pueblo a través de sus tradiciones y costumbres (sobre todo los ingleses) y no como resultado de la razón, construye su propia constitución. Por ejemplo, de la constitución inglesa se dice que ha crecido, no ha sido creada.

En este concepto hay constantes referencias a la evolución histórica, a las tradiciones, y, por tanto no tiene que ser escrita ni tiene por qué haber una distinción nítida y clara entre derecho constitucional y derecho infraconstitucional. Cada pueblo es diferente y por tanto habrá constituciones diferentes. En estos casos la soberanía no va a residir en la Constitución, sino en uno o más órganos. En el caso inglés, estará en el rey y el Parlamento (*King in Parliament*); en la época moderada española, en las Cortes con el rey...

3. CONCEPTO SOCIOLÓGICO DE CONSTITUCIÓN

En la izquierda ha tenido más éxito que en la derecha, en concreto en la formulación de **Ferdinand Lasalle** (1825-1864, fundador del socialismo europeo en el siglo XIX) en su libro “*¿Qué es una constitución?*”, donde nos dice que una Constitución es una mera hoja de papel porque lo que realmente existe puede o no coincidir con esa hoja de papel. La constitución es descriptiva (no prescriptiva) pero no

es resultado de la historia, sino del presente, de las situaciones y estructuras sociales existentes en un momento y lugar concretos. La verdadera Constitución de un Estado es la vigente, la que da la realidad social de un determinado pueblo con independencia de lo que diga esa hoja de papel llamada Constitución. Lo que Lasalle denuncia es que las constituciones del siglo XIX recogen muchos derechos, pero realmente sólo los tienen los burgueses, la misma y única clase que tiene el poder. Si no coincide la realidad con la constitución, predomina la realidad. La realidad va a ser absolutamente predominante. Ello supone escindir o separar la idea de constitución en dos partes: la real o sociológica y la jurídica, sólo vigente en cuanto coincida con la anterior.