

La Constitución como norma y como ley

JORGE XIFRA-HERAS

Profesor Numerario de Derecho Político de la Universidad de Barcelona. Director del Instituto de Ciencias Sociales de Barcelona. Director del Centro de la Universidad de Educación a Distancia en Gerona

SUMARIO

I — LA CONSTITUCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

- 1 — *Política y derecho*
- 2 — *Función integradora de la Constitución*
- 3 — *La Constitución como norma, como decisión y como ley*

II — TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

- 1 — *La norma y el ordenamiento jurídico*
 - A) *La norma jurídica*
 - B) *El ordenamiento jurídico*
 - C) *Jerarquía y competencia normativas: heterointegración del derecho*
- 2 — LA CONSTITUCIÓN MATERIAL: CONCEPTO Y CONTENIDO
 - A) *Concepto*
 - B) *Dimensión real*
 - C) *Dimensión ideal*
 - D) *Dimensión política*
 - E) *Contenido de las normas constitucionales*
- 3 — INTERACCIÓN Y CONSENSO CONSTITUCIONAL: EL RÉGIMEN POLÍTICO
 - A) *Interacción entre lo "normal" y lo "normado"*
 - B) *El consenso constitucional: convicción frente a coacción*
 - C) *La Constitución española de 1978 y el consenso*
 - D) *Constitución material y régimen político*
- 4 — ATRIBUTOS DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL
 - A) *La supremacía*
 - B) *La efectividad*

III — TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL

1 — LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN

- A) *La ley*
- B) *Predicados de la ley: generalidad, estabilidad y superioridad*

2 — LA CONSTITUCIÓN FORMAL: CONCEPTO Y CLASES

- A) *Concepto*
- B) *Constituciones otorgadas, pactadas e impuestas*
- C) *Constituciones rígidas y flexibles*
- D) *Constituciones escritas y consuetudinarias*

3 — CONSTITUCIONES ESCRITAS

- A) *Constituciones codificadas y fragmentadas*
- B) *Estructura y contenido*
- C) *La Constitución española de 1978*

I — LA CONSTITUCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

1 — *Política y derecho*

La denominación "Derecho Político", generalizada desde mediados del siglo pasado, expresa la simbiosis que, en la realidad social, se produce entre el orden jurídico y la actividad política. Aunque conceptualmente distintos, Derecho y Política son conceptos inseparables. Para su comprensión es necesaria una visión de conjunto que abarque a uno y a otra.

El Derecho se manifiesta como un *orden normativo e imperativo de relaciones sociales*. El factor central de la Política es, en cambio, *el poder*. El Derecho pertenece al mundo de las *relaciones*, mientras que la Política se sitúa en el de las *decisiones*. Aquél responde a un esquema de reglas rígidas y generales; ésta, a las exigencias de la oportunidad. No obstante, en los dominios del Derecho concurren factores imperativos e ideológicos, y esto lo aproxima a la Política. Y, al mismo tiempo, la actividad política desarrolla una labor creadora de normas, y esto la aproxima al Derecho.

La relación entre lo jurídico y lo político no se sustenta ni en la absorción del uno por el otro, ni en su fusión, sino en su ensamblaje y en su mutuo condicionamiento. Si en el ámbito de la vida social existiera sólo el Derecho sin la Política, o ésta sin aquél, no habría lugar ni para el Estado ni para la Constitución.

El Derecho es un orden normativo vivido, que se adapta y evoluciona impulsado por la Política. La Política es la actividad que moviliza aquel orden de la realidad social. El Derecho no se basta a sí mismo para satisfacer las exigencias sociales, pues siendo cierto que sin normas no se vive, lo es también que las normas deben ser vividas, y que la fuerza que infunde vitalidad al orden jurídico es, precisamente, la Política. Sin Derecho, la Política no podría actuar; sin Política, el Derecho no podría evolucionar.

En otras palabras, la Política es un concepto dinámico que persigue al Derecho y que dota de eficacia a sus normas; el Derecho es, en cambio, lo establecido, lo ordenado, pero expuesto siempre al impacto de esa fuerza más o menos oculta que da forma al futuro cuando se convierte en presente, que es la Política. Si el Derecho es una situación normada; la Política es una fuerza normante. Pero el contenido del orden jurídico no es un producto surgido al azar, sino que es el efecto de un complejo de factores y procesos de integración social con un sentido político. Estos factores y estos procesos no son Derecho hasta tanto no se han plasmado en reglas positivas e imperativas. Antes de alcanzar esta cristalización en un ordenamiento son sólo fuerzas que crean e impulsan el Derecho, ya sea como una lucha permanente — según creía RUDOLF JHERING —, o como tensiones menos traumáticas, dirigidas a la búsqueda de un laborioso equilibrio entre intereses opuestos o dispares. GEORGES RIPERT, en su libro *Les forces créatrices du Droit* (1955), formuló un logrado balance de los factores sociales determinantes de la estabilidad, la evolución y el progreso del Derecho y de su vinculación a los factores políticos que los animan.

Este punto de partida realista para comprender el Derecho y la Política, válido para descubrir el verdadero alcance de la Constitución, nos conduce a rechazar todas las doctrinas que aislan total o parcialmente de la realidad social a aquellas dos disciplinas. El Derecho debe concebirse empíricamente como un *orden normativo y coercitivo de relaciones sociales*, orientado por motivaciones de integración colectiva.

Para captar el alcance jurídico-político de la Constitución es necesario comprender el Derecho como una manifestación normativa de la vida social, de toda la vida social, orientado hacia la realización, nunca lograda del todo, de la justicia. No se trata ni de un ordenamiento aséptico ni parcial, sino de un producto histórico, con un gran dosis de sentido político, susceptible de afectar a todas las facetas de la vida social del hombre.

Sólo a modo de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, destacamos las siguientes concepciones del Derecho que, por no responder a este criterio de integración social, no consideramos válidas:

a) La teoría formalista del gran jurista checo HANS Kelsen (1881-1973), que concibió el Derecho como un orden coercitivo del comportamiento humano, prescindiendo de los factores tradicionales de justicia, moralidad, razón etc. El elemento constitutivo del Derecho es, según Kelsen, un orden normativo *hipotético*, susceptible de ser impuesto coactivamente, ajeno a todo contenido sociológico o político. La característica de la norma jurídica es el apoyo de la fuerza física.

b) El positivismo del británico JOHN AUSTIN (1790—1859) y sus seguidores, que contempla el Derecho como el conjunto de los mandatos del soberano, sea cual sea su contenido. No hay más Derecho que el producto de la voluntad del gobernante.

c) Las diferentes tesis monistas que, como la de Kelsen, lleguen, por otras vías, a equiparar el Derecho con el Estado (BENTLEY, VINOGRADOFF), o a sustraer a éste el atributo de la soberanía para predicarlo del Derecho (HUGO KRABBE).

d) La tendencia idealista neokantiana que sitúa el Derecho en el ámbito de las categorías puras del pensamiento, ajenas a la vida social, como son, por ejemplo, el espacio y el tiempo. En este sentido, RUDOLF STAMMLER (1856-1938) concibió el Derecho como la ordenación de la conducta (social, autárquica e inviolable) según el criterio universalmente válido de la idea de justicia.

e) La visión del Derecho desde el interior de la norma jurídica, prescindiendo de los factores externos, expuesta por ejemplo en la obra de H. L. A. HART (*The Concept of Law*, 1961), que cifra el objeto del Derecho en el litigio y en la solución de los conflictos jurídicos.

f) El realismo radical que reduce el Derecho a las normas coactivas pronunciadas por el Juez, defendido tanto en los Estados Unidos (LEVELLIN, BINGHMAN, FRANK, DOUGLAS) como en Escandinavia (ROSS, OLIVECRONA).

g) Las numerosas tendencias que reducen el Derecho a un orden parcial de la vida del hombre en sociedad, prescindiendo del resto. Así, destacamos como insuficientes, las tendencias que construyen el Derecho unicamente sobre factores o fuerzas del orden siguiente: psicológicos (TARDE, EHRLICH, CARTER), sociológicos (GUMPCLOWICZ), económicos (MARX, ENGELS), de solidaridad social (DUGUIT), morales (ROSMINI), históricos (SAVIGNY, PUCHTA), culturales (HEGEL, SUMMER MAINE, SPENCER), racistas (ROSENBERG) etcétera.

2 - Función integradora de la Constitución

Esta visión integradora de los factores jurídicos y políticos se refleja en el art. 1.1 de la Constitución española de 1978, según el cual, "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

En primer lugar, descubrimos en este texto la expresión "España se constituye" y la palabra "propugna", que responden a un acto creador de decisión política y a una visión dinámica que implican una puerta abierta hacia el futuro. De ahí la superioridad de afirmar "se constituye" frente a la generalizada fórmula "es", común en los textos constitucionales: Austria *es*, Italia *es*, la República Federal Alemana *es*, España *es* (1931) etc. En segundo término, el Derecho - ordenamiento jurídico - adquiere en el texto transcrito una doble dimensión: su vinculación al poder político decisorio del Estado - que elimina las teorías idealistas -, y la incorporación en el mismo de unos principios metajurídicos superiores - que excluye todo formalismo legalista. Se parte, en consecuencia, de una concepción del Derecho que lo integra directamente a la realidad sociocultural.

Como consecuencia de este realismo inicial, el ordenamiento jurídico no se limita a garantizar la convivencia de los individuos y de los grupos garantizando la intangibilidad de sus derechos (art. 53.1 de la Constitución), ni a asegurar un orden social (art. 17), sino que completa estas aspiraciones de tradición liberal con unos fines reformistas que expresan una orientación demoesocial y que suponen, como indica PECES-BARBA, "una acción positiva, una acción directa en el plano económico y una función promocional", que se for-

mulan genericamente en el artículo 9.2 y se desarrollan al menos en tres direcciones: potenciando la participación ciudadana más allá de los cauces liberales (arts. 6; 20.3; 23; 27.7; 48; 51; 87.3; 92; 105; 125; 129; 140), definiendo las líneas generales de la política económica (arts. 33.2; 128; 131) y destacando la función promocional de la persona (arts. 39; 40; 41; 43.3; 44; 46; 47; 48; 50; 51.2; 129.2 etc.).

3 — *La Constitución como norma, como decisión y como ley*

Política y Derecho, las dos grandes categorías de la vida social, se dan cita en la Constitución. Ciertamente que la Constitución es, ante todo, Derecho; precisamente por gozar del rango superior en el seno del ordenamiento jurídico, mantiene conexiones e invade, a través de una vasta red de vasos comunicantes, el mundo metajurídico de la realidad social, del que recibe y al que transmite una compleja gama de demandas, de mensajes y de decisiones que son portadores de información y de poder.

En la Constitución aspiran a encontrar un punto de equilibrio los diversos factores y fuerzas que operan en la realidad social. La virtualidad ordenadora del Derecho y la fuerza creadora de la Política confluyen en la Constitución. De ahí que una visión completa de la misma deba abarcar las tres dimensiones básicas en que se manifiesta:

Primero, la Constitución como institución jurídica materializada en un *orden normativo fundamental* (norma normarum), comprensivo de unos factores reales y de unos valores ideales dialécticamente condicionados.

Segundo, la Constitución como *acto de decisión política* que expresa la voluntad soberana.

Tercero, la Constitución como el acto formalizado o *Ley fundamental* que contiene aquel orden normativo básico (lex suprema).

Las dos primeras acepciones equivalen a la llamada *constitución material*, la tercera, a la *constitución formal*.

La significación pluridimensional de la Constitución ha sido destacada por la mayoría de los autores. Veamos algunos ejemplos significativos:

a) MAURICE HAURIOU (1856—1929), desarrollando una distinción que se encuentra en PROUDHON, contrapuso los conceptos *social* y *político* de Constitución. La primera comprende las libertades individuales y las instituciones sociales espontáneas que las protegen. La segunda corresponde a la organización y al funcionamiento de los poderes públicos y a la participación del ciudadano en los mismos.

b) HERMANN HELLER (1891—1933) concibe dos acepciones sociológicas y dos jurídicas de Constitución. En sentido *sociológico amplio* equivale a la estructura característica del poder, o sea, la forma concreta de la existencia y de la voluntad del Estado. En sentido *sociológico restringido* corresponde a la estructura fundamental y relativamente permanente dentro de la unidad estatal (o sea, dentro de la Constitución en sentido sociológico amplio). En sentido *jurídico amplio* abarca la situación jurídica total del Estado, y en sen-

tido *jurídico restringido*, se refiere al *ordenamiento jurídico* valorado como *fundamental*.

c) CARLOS RUIZ DEL CASTILLO destaca en la Constitución: una *estructura* o *complejión político-social*; la expresión de una *voluntad constitutiva*, y una *institución con fuerza constituyente*.

d) PAOLO BISCARETTI DI RUFFÍA menciona las siguientes acepciones de la Constitución: 1) *institucional* (orden, conformación, *status*, estructura esencial de un ente); 2) *sustancial* (complejo de normas jurídicas fundamentales); 3) *formal* (complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinarias por su más arduo y solemne proceso formativo); 4) *instrumental* (acto fundamental en el que se formulan solemnemente las normas constitucionales); 5) *histórico* (relacionado con el contenido de las primeras constituciones americanas y francesas); y 6) *material* (régimen político). PALMERINI añadió a esta relación, la acepción *dinámica*.

e) CARL J. FRIEDRICH diferencia los siguientes significados de la Constitución: *filosófico* o *totalitario*; *estructural, jurídico, documental, procesal, y funcional*.

f) KARL LOEWENSTEIN formuló la conocida clasificación ontológica basada en la validez y eficacia de las Constituciones, diferenciando tres categorías: *normativas*, si sus normas sirven como controles reales de los gobernantes y como protección efectiva de los gobernados contra el capricho del Gobierno y de la Administración; *nominales*, si poseen validez jurídica, pero carecen de plena realidad existencial, y *semánticas*, si ofrecen la formalización jurídica de una configuración del poder establecida en favor de un determinado gobernante.

g) MANUEL GARCÍA-PELAYO, en fin, generalizó las tres acepciones basadas en la orientación del contenido de la Constitución: *racional-normativa, histórico-tradicional y sociológica*.

II – TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

1 – La norma y el ordenamiento jurídico

A) La norma jurídica

El Derecho se sitúa íntegramente en el mundo de lo *normativo*. Sus mandatos son proposiciones normativas, es decir, *prescriben* un deber ser, ordenan una conducta. La norma no se refiere ni a la realidad de unos hechos, ni al modo cómo estos se producen, ni enuncia lo que existe efectivamente, sino que se centra en un comportamiento que debe ser y que puede no ser.

Las normas en general, y, por tanto, las jurídicas, no registran lo que sucede ni fotografían lo que existe. Para ello existen las leyes del mundo físico. Por el contrario, inciden en la voluntad humana prescribiendo, de modo impersonal, cómo se debe actuar, aunque en realidad pueda infringirse su mandato. El sentido auténtico de la norma viene dado por la posibilidad de que sea desobedecida o violada; el deber ser que prescribe persiste incólume aunque sea transgredida. Por esto el Derecho, que es un orden normativo, no sufre menoscabo aunque sus destinatarios se aparten de él en su comportamiento. Sin la posibilidad del entuerto, el Derecho no tendría razón de ser,

pues si las normas que lo integran no pudieran ser quebrantadas, dejarían de ser normas para convertirse en un reflejo de fenómenos naturales, históricos, matemáticos, psicológicos, etc. Su esencia está en el valer, no en el ser, porque tratan de prescribir un comportamiento tal como debe ser, y no de expresar la realidad tal como es.

Las normas sociales, entre las cuales se cuentan tanto las jurídicas como las morales y los usos convencionales, se caracterizan por su *generalidad*: son proposiciones abstractas e impersonales. Pero las jurídicas son, además — y en ello estriba su característica esencial —, normas *imperativas*, es decir, cuentan con el respaldo y la cobertura del poder coactivo del Estado. Son mandatos dotados de efectividad social. El Derecho es, por tanto, un orden normativo y coactivo. Su eficacia viene dada por la posibilidad de recurrir al poder político como medio para asegurar su cumplimiento o sancionar sus transgresiones.

Las normas jurídicas que constituyen el Derecho se refieren a dos grandes sectores que abarcan la realidad social: por un lado regulan las relaciones jurídicas intersubjetivas y los principios que las informan, y por otro, ordenan la estructura y las instituciones de la sociedad política. Trasladada al sector fundamental del ordenamiento del Estado, esta distinción se refleja, respectivamente, en las partes llamadas *dogmática* y *orgánica* de las Constituciones políticas.

B) *El ordenamiento jurídico*

El conjunto de todas las normas que rigen en una comunidad en un determinado momento histórico constituyen el ordenamiento jurídico. Pero precisa subrayar que las normas jurídicas no se presentan aisladamente, sino que forman un todo interrelacionado. El ordenamiento jurídico es algo más que una yuxtaposición de normas. Como afirma DIEZ-PICAZO, exige un concierto interior dentro del conjunto de creencias y la integración dentro de unas estructuras.

Toda norma jurídica, manteniendo su origen, su contenido y su rango, mantiene una serie de conexiones con las restantes, formando con ellas un todo sistemático debidamente coordinado. De ahí que el ordenamiento jurídico, además de las normas que lo forman, presupone la existencia de una organización que las integra, las relaciona y las dota de eficacia. Una vez más, Derecho y Estado se manifiestan como entidades inseparables.

La Constitución española utiliza la expresión "ordenamiento jurídico" (arts. 1, 9.1) y su equivalente "la Constitución y las leyes" (arts. 6, 7, 97) para significar ese sistema o conjunto normativo que tiene su soporte en los valores superiores enunciados en el art. 1.1 y en las decisiones fundamentales formuladas en el Preámbulo. Se trata, pues, no solamente de un "ordenamiento formal" o "positivo", sino de un sistema orgánico e institucional que se extiende a los principios y juicios de valor immanentes en la naturaleza del Derecho.

En el artículo 9 de la Constitución se formulan las bases que presiden el ordenamiento jurídico, a tres niveles: primero, se consagra el principio del imperio del Derecho: "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (9.1); en segundo término, se responsabiliza a los Poderes Públicos en la realización efectiva de los valores

democráticos de la libertad, la igualdad y la participación (9.2), y, finalmente, se enumeran los principios técnico-jurídicos que informan el ordenamiento: "la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos".

La enumeración en el art. 9.3 de estos principios no es ni sistemática ni exhaustiva. Se trata más bien — como afirma GARRIDO FALLA — de "una enumeración de quintaesencias y valores entendidos que se encuentran ya consagrados en otros lugares más propicios de la Constitución". En su conjunto constituyen los presupuestos esenciales del Estado de Derecho y se mueven en torno a dos de ellos, que deben reputarse básicos: el principio de legalidad y el valor de la seguridad jurídica, que se presuponen mutuamente.

La legalidad es un principio genérico que se formula categóricamente en el art. 9.1, se reitera en el 9.3 y se particulariza en el 10.1 (en relación con el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden público y de la paz social), en los 103.1 y 106.1 (sobre la sumisión a la ley de la actividad administrativa) y en el 117.1 (sobre la vinculación de los Jueces y Magistrados al imperio de la Ley).

El principio de legalidad, conjugado con el ideal de seguridad, opera a distintos niveles:

a) En primer lugar, en las relaciones entre la Ley y los poderes públicos: todo acto de los órganos del Estado debe ser conforme a Derecho, lo mismo si emana de la Administración, del Gobierno, de la Jefatura del Estado o del Poder Judicial, que si procede de las Cortes Generales o del Tribunal Constitucional, aunque en relación con estas dos últimas instituciones, la vinculación se contrae sólo a la Constitución (y, para el Tribunal Constitucional, a su Ley orgánica).

A este nivel, la legalidad se traduce en la posibilidad de conocer de antemano las consecuencias jurídicas de la propia actividad, en un "saber a qué atenerse", es decir, es una garantía de la *certeza del derecho* y de la propia *seguridad*, a la vez que una barrera frente a la *arbitrariedad de los Poderes Públicos*, que se prohíbe en el art. 9.3 y, de modo más específico, en los arts. 103.1, 106.1 y 117.1.

Por otra parte, el principio de legalidad — juntamente con la seguridad — se diluye en otros principios enunciados también en el art. 9.3, como son: 1) la *publicidad*, no solamente de las normas (arts. 91, 96.1 y Disposición final de la Constitución, y 2.1 del Código Civil), sino también de las sesiones plenarias de las Cámaras (art. 80), de las actuaciones judiciales (art. 120.1) y de los archivos y registros administrativos (art. 105.2); 2) la *irretroactividad* de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, complementada con la retroactividad de las favorables en determinados supuestos (cfr. arts. 25.1, 25.3 y 15); 3) los principios de *jerarquía* y de *competencia* normativa, que permiten situar las reglas del Derecho en el contexto general del orden jurídico.

b) En segundo término, en las relaciones entre los gobernantes y los súbditos, la legalidad exige, primero, respetar el principio de *igualdad real y efectiva*

con expresa prohibición de cualquier privilegio (arts. 1.1, 9.2, 13, 14, 23.2, 24.1, 31.1, 32.1, 35.1, 39.2), y segundo, asegurar el derecho a la *tutela judicial* o principio de *juridicidad* con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24.1, 106.1, 118, 119, 123.1 y 161.

C) *Jerarquía y competencia normativas: heterointegración del Derecho*

Las relaciones que existen entre las normas jurídicas son de diversa naturaleza. Pueden ser, ante todo, de orden semántico, y, en este punto plantean la rica problemática de la conexión entre la norma y el lenguaje que la *significa*. Pueden ser, además, de orden temporal (*lex posterior derogat priori*), de orden complementario (*lex specialis derogat generali*) o de orden gradual (*lex superior derogat inferiori*).

Desde la perspectiva jurídico-constitucional nos interesa especialmente la estructura jerárquica del ordenamiento, cuya formulación más acabada se debe a los representantes de la llamada Escuela de Viena (KELSEN, MERKL, VERDROSS). La creación o determinación de unas normas jurídicas, según estos autores, está regulada en otras normas jurídicas de rango superior que contienen su razón de ser, hasta llegar a una *norma fundamental* en la que se apoyan todas las demás, que constituye la cúspide de la pirámide del sistema jurídico. Esta norma básica o fundamental es la Constitución política, y su función esencial es la determinación de los órganos y procedimientos para producir o establecer el Derecho. HANS KELSEN llamó Constitución en sentido *lógico-jurídico* a esta norma fundamental hipotética, la cual, por ocupar el vértice del ordenamiento, encuentra su justificación y fundamento en el mundo metajurídico o trascendente del que emerge un órgano creador de Derecho. Y, en un plano inmediatamente inferior, sitúa KELSEN la Constitución en sentido *jurídico-positivo*, como norma que establece y regula la suprema autoridad del Estado, aplicable a cualquier forma de gobierno, que ya es propiamente Derecho. Guiado por un criterio normativista radical, KELSEN culminó su construcción con la identificación del Derecho con el Estado, en la medida en que éste es la suma de normas coactivas y el Derecho es el orden coactivo formado por esas normas. No puede negarse que la doctrina kelseniana proporciona un valioso método de ordenación lógica del universo jurídico, pero insuficiente cuando se trata de justificar un modelo normativo concreto y determinado.

La estructura jerárquica del ordenamiento jurídico no es, como pretendía KELSEN, un esquema meramente formal, sino que plantea cuestiones de naturaleza política, relacionadas con el ejercicio y la distribución del poder del Estado y con el contenido intrínseco, la eficacia y la rigidez de las normas.

Es indiscutible que el ordenamiento jurídico posee una estructura gradual o jerárquica. El Código Civil, en su artículo 1º establece un orden de prelación basado en la primacía de la ley, seguida de la costumbre y — en tercer lugar — de los principios generales del Derecho. La Constitución respeta este esquema básico, si bien lo amplía introduciendo un complejo pluralismo de fuentes. En el art. 9.3 consagra el principio de la jerarquía normativa de modo genérico y lo desarrolla en otros preceptos, tales como los que condicionan la delegación legislativa por las leyes de bases y las leyes marco (arts. 82.4 y 150.1), subordinan los Reglamentos a la Constitución y a las leyes (art. 97), definen los

Estatutos de Autonomía como normas institucionales básicas de la Comunidad Autónoma (art. 147.1), afirman la superioridad eventual del Derecho civil estatal sobre el foral (art. 149.1. 8º), imponen la prevalencia y la supletoriedad de la legislación estatal sobre la autonómica (art. 149.3), regulan las leyes de principios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas (art. 150.3), se refieren a normas jurídicas con rango de Ley (art. 161.1.a) y encoorsetan los derechos históricos forales en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía (Disp. adicional primera).

Ocurre sin embargo que en aquellos ordenamientos que reconocen una pluralidad de centros productores de normas jurídicas, como pasa en el sistema español actual y más aun en los Estados federales, el principio de la jerarquía normativa debe conjugarse con el de la *competencia*. La presencia de Comunidades Autónomas investidas de poder legislativo para unas materias determinadas, así como la configuración por la Constitución de unos bloques normativos definidos *ratione materiae* (leyes orgánicas, tratados internacionales, reglamentación de las Cámaras), dan entrada a una pluralidad de reglas jurídicas delimitadas por su contenido y eventualmente por su procedencia, que ostentan igual rango y gozan de la misma fuerza de obligar, cuya coherencia no responde a la graduación jerárquica sino a la coordinación competencial. La potestad legislativa se distribuye, según la Constitución, entre varios órganos productores de Derecho y por ello, cuando deba dictarse una norma sobre una materia determinada, corresponde hacerlo al órgano que tenga asignada la competencia sobre dicha materia en el ámbito territorial de su jurisdicción.

Mientras el principio de jerarquía opera cuando una pluralidad de normas heterogéneas y gradualmente superpuestas, regulan materias que son total o parcialmente coincidentes, el principio de competencia entra en juego cuando las materias reguladas son distintas y forman, por ello, subsistemas paralelos. En este caso, los posibles conflictos, en lugar de centrarse en normas incompatibles de diferente rango, se plantean en torno a la debida aplicación de las reglas que distribuyen las competencias, como pueden ser, en nuestra Constitución, las contenidas en los artículos 81.1, 148, 149 y 150, entre otros.

En los sistemas rigidamente centralizados, los órganos estatales asumen en exclusiva la creación del ordenamiento jurídico en su conjunto y eluden toda la problemática de la competencia normativa. Pero cuando surge una pluralidad de centros legiferantes, se impone la necesidad de apelar conjuntamente a los principios de jerarquía y de competencia, debidamente deslindados, y de admitir, en todo caso, que ni la naturaleza del agente creador de la norma — si es competente para dictarla — ni el procedimiento más o menos agravado para su elaboración, son factores determinantes de su rango jerárquico. Siempre que interviene el principio de competencia, el grado o nivel de una norma jurídica no viene necesariamente determinado ni por la mayor o menor representatividad del órgano productor de la norma (mayor o menor proximidad al cuerpo electoral), ni por la extensión territorial o institucional de su jurisdicción, ni, en fin, por la intensidad participativa reflejada en el *quorum* más o menos reforzado que reclama su aprobación. Estos tres criterios, grado de representatividad (superior en las leyes refrendadas), extensión de la representación e intensidad participativa del órgano normante, pueden ser válidos únicamente para los sistemas en los que el Estado, por medio de sus

órganos centrales, asume la función de creador *ad nutum* de todo el ordenamiento jurídico, con el propósito — pretendido secularmente y nunca logrado — de ser señor absoluto del Derecho.

En todo ordenamiento jurídico, aun formando un todo cerrado y completo, es indiscutible que existen zonas vacías de Derecho. El desarrollo acelerado de la sociedad motiva la constante formación de lagunas jurídicas, que corresponden a aquellos intereses o instituciones que no están contemplados apriorísticamente por las normas jurídicas vigentes o que, aun estándolo, no se regulan de la forma políticamente deseada.

Y de la misma manera que existen lagunas jurídicas, en el ordenamiento aparecen normas que, siendo distintas y aun contradictorias, contemplan análogos supuestos, de modo que, obedeciendo a una de ellas, se infringe automáticamente la otra.

Consecuentemente, la aplicación del Derecho ha de enfrentarse con el problema que plantea la existencia de lagunas y también con los conflictos que traen causa de las antinomias, las ambigüedades y las contradicciones que se contienen en todo ordenamiento jurídico.

Y si los criterios de jerarquía y de competencia no proporcionan la solución de estas situaciones o conflictos normativos, y sobre todo cuando se plantea un supuesto de “vacío de Derecho”, se impone la necesidad de adoptar una decisión de naturaleza política — creadora de la norma de Derecho —, primero, porque “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (art. 24.1 de la Constitución); y, segundo, porque el juez no puede, en ningún caso, negar justicia: “los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (art. 1.7 del Código Civil). Ante esta prohibición de *non liquet*, corresponde al juez que se encuentra frente a una laguna, una ambigüedad o una contradicción, adoptar una decisión política, que supone una función creadora de *heterointegración* del Derecho ajena a la lógica jurídica. Cuando el juzgador no dispone de una normativa diáfana aplicable, actúa, según frase afortunada del Código civil suizo, “como si él mismo fuera legislador”.

2 — La Constitución material: concepto y contenido

A) Concepto

La Constitución material coincide con el sector jerárquicamente más alto del ordenamiento jurídico. Sin dejar de ser esencialmente Derecho, en la Constitución se anudan, con mayor intensidad que en los demás estratos del ordenamiento, elementos de orden sociológico, histórico, político e ideológico. La normativa constitucional es la que más refleja la interacción entre el orden jurídico-normativo y la realidad político-social.

El objeto central de la Constitución material es la *organización fundamental del Estado*. Es el orden básico que contiene las reglas de Derecho esenciales, portadoras del germen de todas las demás (norma *normarum*). Como afirma

MORTATI, autor de la conocida monografía "La Costituzione in senso materiale" (1940), tal Constitución afecta a todos los elementos necesarios para que el Estado subsista, idóneos para asegurar a la realidad social una actividad política orientada teleológicamente.

La Constitución, en su significación material, tiene la ventaja lógica de abarcar toda la normativa jurídica fundamental, hállese o no contenida en uno o más documentos o códigos políticos. Tiene, en cambio, el inconveniente de la imprecisión debida a la dificultad de establecer una frontera definida entre lo objetivamente constitucional o fundamental y lo derivado.

En la Constitución material confluyen, por un lado, los factores que proceden de la realidad histórico-social; por otro, los principios que orientan la acción política con arreglo a unos valores éticos legitimados por la sociedad y, en fin, las fuerzas que configuran la voluntad unitaria de la sociedad política. Aglutina, por tanto, factores reales, ideológicos y decisorios (políticos) que emergen del orden social: es una *unidad ordenada de decisión y de acción*, que establece y regula unos órganos dotados de *competencia* (atribución de poder) para la realización de unas *funciones* (atribución de fines). El Estado *real*, el Estado *ideal* y el Estado *vital* son las fuentes que informan las tres dimensiones de la Constitución material.

a) La mayor parte de las definiciones de la Constitución material se centran en el contenido organizativo y de contención del poder político. Véamos algunas muestras.

La doctrina española ha considerado la Constitución material como "el sistema de las instituciones políticas fundamentales" (GINER DE LOS RÍOS); "la expresión jurídica del régimen estatal, orgánica de instituciones y poderes, y limitativa frente a la personalidad humana" (POSADA); "el conjunto de normas jurídicas fundamentales y principales organizadoras de la sociedad estatal, sistematizadoras de sus instituciones, limitadoras de la discrecionalidad y arbitrariedad de los gobernantes, garantizadoras de los derechos y libertades de los ciudadanos, y orientadoras o directoras de la política del Estado" (J. A. GONZÁLEZ CASANOVA).

En Francia, MIRABEAU se refirió ya a la Constitución material afirmando que su objeto consiste en "la distribución de la competencia o de la extensión de los poderes concedidos a todos y cada uno de aquellos a quienes la ley ha autorizado para realizar funciones públicas". Tras él, se definió como el "conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta" (MAURICE HAURIOU); como la "organización o régimen estatal para el ejercicio de la soberanía" (CARRÉ DE MALBERG); como el "conjunto de normas que determinan la naturaleza del Estado, la forma de gobierno y que fijan en sus puntos principales la organización, las atribuciones, el funcionamiento y las relaciones de los grandes poderes públicos" (LAFERRIÈRE); como "la consagración oficial del régimen político, que es el conjunto de las instituciones políticas de un país en un momento concreto" (DUVERGER) como "el conjunto de reglas de Derecho, sea cual sea su naturaleza o su forma, relativas a los principales órganos del Estado, a su construcción, sus competencias, su funcionamiento y sus relaciones" (CADART) etc.

Entre los autores italianos se encuentran acepciones de la Constitución material como las siguientes: "norma impuesta por el pueblo a los gobernantes para protegerse del despotismo" (ROMAGNOSI); "organización concreta y real que define el Estado" (SANTI ROMANO); "aquella parte fundamental del ordenamiento jurídico que confiere al Estado su individualidad, disciplina, sus elementos constitutivos, regula las fuentes creadoras del Derecho y los poderes públicos, determina los órganos supremos, el nombramiento de sus titulares, su competencia y responsabilidad y sus recíprocas relaciones, establece la situación de los ciudadanos y de los grupos sociales dentro del Estado, reconoce sus derechos, fija sus deberes y limita la autoridad estatal con relación a los mismos" (CERETI).

De la doctrina germánica destacamos las siguientes definiciones: "la Constitución contiene las líneas fundamentales de la organización y las competencias estatales, y los principios para el reconocimiento de los derechos de los súbditos" (JELLINEK); "la Constitución es aquella norma que se refiere a los órganos superiores y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal", o, más escuetamente, "la norma o normas positivas que regulan la creación de normas jurídicas generales" (KELSEN).

b) Otros autores destacan básicamente el aspecto político o decisorio de la Constitución material. Así aparece de las siguientes definiciones: "suma de los factores reales de poder que rigen un país" (LASSALLE); "forma en que la voluntad plural de un pueblo se configura en voluntad unitaria del Estado" (STEIN); "acto primario de una comunidad que, al constituirse en Estado, organiza un gobierno formulando un cuerpo definido de principios y disposiciones" (WILLOUGHBY); "suprema decisión sobre la unidad política en su forma de existir" (SCHMITT).

c) Acepciones más amplias son las siguientes: "la Constitución es una justificación y un programa al lado de la consagración de un sistema de poder y representación" (FUEYO ALVAREZ); "la sociedad misma, en cuanto está organizada según diversos elementos — fuerzas políticas — tendentes todos ellos a un mismo fin" (MORTATI); "ley vital (norma y realidad integradora) del Estado" o "el orden jurídico del proceso integrador mediante el cual es y se desarrolla el Estado" (SMEND); "conjunto de reglas que se refieren al poder supremo dentro del Estado y que engloban en una totalidad dialéctica la voluntad y el Derecho, lo sociológico y lo jurídico" (SCHINDLER) etc.

B) *Dimensión real*

El hombre debe aceptar su dependencia, tanto de la sociedad como de la naturaleza. A la realidad social sólo se la controla respetando sus leyes. De ahí que no puedan esperarse milagros de las Constituciones; ninguna de ellas, en frase de BARTHÉLEMY, puede anular las cualidades morales e intelectuales de un pueblo. Las normas más eficaces son las que captan el aliento de las instituciones sociales y la potencia creadora de las fuerzas que las animan.

La Constitución, como la propia palabra expresa, debe recoger el modo de ser, la manera de existir de una sociedad o de un pueblo. Este es precisamente el significado que ARISTÓTELES asignaba a la politeia o Constitución de la

polis griega: el orden concreto y las relaciones de poder que existían realmente en la comunidad. Cuanto más fielmente se integren en la Constitución estos factores reales de orden geográfico, demográfico, psicológico, sociológico, económico, histórico, cultural, etc., cuanto más respete y aliente la estructura que informa espontáneamente a la realidad social, mejor cumplirá con sus cometidos esenciales. De todos estos factores fluye un orden o sistema de vida en común que es constitucional en una triple dimensión: existente, trascendente y vivencial (CORDERO TORRES).

La vertiente real de la Constitución comprende, a su vez, dos órdenes normativos, cuya prevalencia configura los modelos que GARCÍA-PELAYO ha denominado *histórico-tradicional* y *sociológico*.

a) El primero, vinculado a la tendencia conservadora que se enfrentó al liberalismo revolucionario del siglo XVIII, valora la Constitución como el resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen numerosos factores, algunos de ellos casuales e incluso irracionales, que no se pueden concretar en ningún modelo lógicamente estructurado. El sistema constitucional británico es el ejemplo clásico de un esquema elaborado práctica y empíricamente a través del tiempo. "Cada paso en nuestro progreso, afirmaba FREEMAN, ha sido la consecuencia natural de un paso anterior; cada cambio en nuestra ley y en nuestra Constitución no han significado la introducción de algo enteramente nuevo, sino el desarrollo y el perfeccionamiento de aquello que ya es viejo". Respetando el consejo de BACON según el cual "los hombres, en sus innovaciones, deben seguir el ejemplo del tiempo, que realiza sus grandes cambios de una manera silenciosa, gradual y casi imperceptible", los políticos británicos han mantenido un respeto profundo hacia las formas y las estructuras heredadas, en el marco de un sistema político surgido de una larga evolución. El irlandés EDMUNDO BURKE (1729-1797) se refería a la Constitución inglesa como si se tratara de un legado de sus antepasados, que imponía el deber de ser transmitida a la posteridad con los cambios graduales exigidos por el paso del tiempo.

Este mismo criterio tradicionalista sostuvieron en Francia los defensores de la ideología de la Restauración, especialmente DE MAISTRE (1723-1821) y DE BONALD (1754-1840) y acogida en España por los representantes del Doctrinismo decimonónico, desde JOVELLANOS, partidario a ultranza de la Constitución tradicional ("conjunto de leyes fundamentales que fijan el derecho del Soberano y de los súbditos, y los medios saludables de preservar unos y otros"), hasta CÁNOVAS DEL CASTILLO, que veía en la Constitución política (*interna*, la llamaba para distinguirla de la escrita o formal) la obra de la voluntad nacional que emerge de la evolución histórica. Y, entre uno y otro, MARTINEZ DE LA ROSA y DONOSO CORTÉS, cuyos idearios se plasmaron respectivamente en el Estatuto Real de 1834 (que recogió el dualismo estamental *rex-regnum* de raíces medievales) y en la Constitución moderada de 1845, cuyo preámbulo afirmaba la voluntad de "regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos".

b) El modelo *sociológico* de Constitución aspira a penetrar en los factores que configuran la realidad social. Contempla la comunidad estatal en su existencia fundamental. La descripción del gobierno de los Estados Unidos que en

1835 realizó TOCQUEVILLE es el ejemplo típico de esta visión. En España, el primer autor que mostró una excepcional preferencia por los problemas sociológicos fue ANTONIO ALCALÁ GALLIANO (*Lecciones de Derecho Político Constitucional*, 1843), que insistió reiteradamente en la necesidad de hallar en las Constituciones “el alma y no la semejanza exterior”, subrayando que gran parte de los males que aquejan a los pueblos derivan de haber centrado su atención en los problemas formales más que en la esencia de la realidad social, coincidiendo con la afirmación de DONOSO CORTÉS según la cual, “como las formas no existen en sí mismas, ni tienen una belleza que les sea propia, las Constituciones no deben examinarse en sí mismas, sino en relación con las sociedades que las adoptan”.

C) Dimensión ideal

Si los realistas aspiran, como pretendía DE MAISTRE, a hallar las leyes que convienen a una nación partiendo de su geografía, su población, sus riquezas etc., los idealistas, por el contrario, reconocen al titular del poder constituyente la facultad de introducir en el ordenamiento político fundamental determinados criterios de valor que reflejan una ideología o una particular concepción del mundo y de la vida. Con este punto de partida, dotan a la Constitución de un sentido que hace de la misma algo más que un instrumento de formas y de estructuras.

El constitucionalismo, como tendencia política, se ha forjado precisamente sobre esta dimensión ideológica. Ya en el siglo XVIII se anudó al concepto de Constitución el propósito de justificar un programa, más que el objetivo de estructurar un sistema de poder. El soporte de este punto de partida se encuentra en la creencia en la inmutabilidad y en la omnipotencia de la razón que los teóricos de la Ilustración convirtieron en dogma filosófico. Surgió así el concepto racional-normativo de Constitución, como lo llama GARCÍA PELAYO, adoptado por el liberalismo burgués del siglo XIX y parte del XX, en su ambición de ofrecer un modelo de Estado con pretensiones de universalidad y de permanencia. Con la ayuda de la *luz natural* de la razón, los representantes del racionalismo político en Francia, desde SIÉYÈS a CARRÉ DE MALBERG, describen un modelo constitucional que regula de un modo total, sistemático y de una sola vez, los órganos, las funciones y las competencias del Estado.

Esta visión de la Constitución se expresa lapidariamente en el artículo 16 de la Declaración de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, obra de los revolucionarios franceses, según el cual: *toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*. Se especifica aquí un concepto incompatible con los sistemas absolutistas y totalitarios, en la medida en que, por esencia, presupone — además de la exigencia racional de constar en un texto escrito — los dos requisitos siguientes: primero, la protección de los individuos frente a toda injerencia en la esfera de los derechos humanos, que pueda provenir de los gobernantes o de los poderes públicos; segundo, la división o separación del poder político, con el fin que previó MONTESQUIEU — el padre del constitucionalismo — de evitar el abuso del propio poder, por cuanto, al ser atribuido y ejercitado por diferentes órganos, él mismo se convierte en el mejor garante contra el despotismo.

A lo largo de los siglos XIX y XX la orientación ideológica de las Constituciones se ha manifestado a través de diversas tendencias, manteniendo el denominador común, en las democracias pluralistas, de marcar un límite al poder de los gobernantes. Considerada esta vertiente ideal como la que representa los estados de conciencia colectivos — creencias e ideologías —, la Constitución española de 1978 fija su orientación en las decisiones del Preámbulo y en los valores superiores que enumera en su art. 1.1, en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho que se configura como Monarquía parlamentaria.

La vertiente ideológica de las Constituciones se acentúa especialmente en aquellas que responden a una estructura marxista. Mientras en los países pluralistas los textos constitucionales son, básicamente, un instrumento para gobernar adaptable a diferentes programas y tendencias políticas, en los Estados comunistas la organización constitucional tiene una finalidad específica: la realización del socialismo. “La misión de la Constitución — decía STALIN — consiste en establecer el orden social más adecuado y útil para las clases trabajadoras”. De ahí que la estructura y funcionamiento de los poderes, en lugar de someterse a unos mecanismos formales ideológicamente neutros, se adopte una estructura flexible que facilita tanto la frecuencia de las revisiones constitucionales, paralelas a las transformaciones socioeconómicas, como la continuada práctica de la delegación de competencias propia de un régimen de concentración de poder. La Constitución es un arma al servicio de la ideología oficial. De ahí las frecuentes contradicciones existentes entre los textos jurídicos básicos y la estructura real de la sociedad.

a) En lo atinente a la *titularidad del poder político*, durante el siglo XIX, el constitucionalismo se adaptó a las exigencias del liberalismo doctrinario, para justificar el pacto entre la nación, a través de sus representantes, y el soberano. Se impuso así la monarquía limitada en Francia con la Carta de 1830, que tuvo especial eco en España en las Constituciones de 1845 y 1876, obra de un pacto entre el Rey y las Cortes.

En el otro extremo, se afirmó el dogma de la soberanía nacional, que no reconoce más titular del poder que el pueblo, tal como se expresó ya en las primeras palabras de la Constitución norteamericana de 1787: “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, ordenamos y establecemos esta Constitución”, y también en los textos revolucionarios franceses de 1791 (soberanía nacional) y de 1793 (soberanía popular). En España, el principio de la soberanía nacional se afirma de modo programático en todas las Constituciones progresistas, o sea, las de 1812, 1837, 1869, 1931 y 1978. En esta última, se consagra en el Preámbulo y en el art. 1.1: *La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado*, y se desarrolla especialmente en la consagración de los principios de participación y del pluralismo político-social, soportes insustituibles del Estado democrático de Derecho.

b) Por lo que se refiere a las *funciones* y a la *intensidad del poder*, la matización ideológica de los textos constitucionales ha seguido una doble evolución, según se trate de los regímenes pluralistas o comunistas. Sobre estos últimos nos remitimos a lo dicho anteriormente. En los primeros, la herencia del individualismo liberal que inspiró las Constituciones burguesas, ha cedido ante la presión

del moderno Estado social, que se perfila por primera vez en Europa en el texto alemán de Weimar (1919), y cuyo denominador común es la solidaridad democrática. En España, la Constitución de 1931 abrió la puerta a esta nueva orientación intervencionista que amplió las obligaciones y las prestaciones de los poderes públicos. La Constitución de 1978 se mantiene en esta tendencia, consecuente con la concepción del Estado social y democrático de Derecho (art. 1), que asume la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (art. 9.2), y desarrolla los "principios rectores de la política social y económica" (Tit. I, cap. III), que son la base de una política intervencionista y planificadora que se refleja en diversos preceptos del texto constitucional (arts. 37, 38, 40, 51, 128, 131 etc.).

c) También la problemática que gira en torno a la *localización del poder* ofrece una gama de soluciones que responden a variadas tendencias enmarcadas entre el Estado firmemente centralizado y el Estado federal, con tipologías intermedias como las del Estado regional y las típicamente españolas del Estado integral (1931) y el Estado autonómico (1978).

Interesa destacar que en nuestros días las Constituciones suelen dar cabida a corrientes universales, con las que siempre caben enlaces armónicos, especialmente en materia de derechos y libertades (arts. 10.1 y 39.4 de la Constitución de 1978) y de relaciones pacíficas de cooperación (Preámbulo).

D) *Dimensión política*

Toda norma jurídica tiene su origen en un acto de decisión. Es no solo una manifestación de la razón, sino también de la voluntad. Y esto mismo ocurre con la Constitución, que es precisamente la norma fundamental del Estado. Ya a mediados del siglo pasado, LORENZ VON STEIN desde una óptica conservadora vio en la Constitución "la forma en que la voluntad plural del pueblo se manifiesta como voluntad unitaria del Estado", y el socialista FERDINAND LASSALLE la definió como "la suma de los factores reales de poder que gobiernan un país".

La decisión es el acto político por excelencia. Es, además, un acto esencialmente humano. "Ser hombre, decía SCHMITT, sigue siendo una decisión". Pero las decisiones políticas adquieren un relieve especial porque responden a una actividad creadora y encierran una proyección colectiva. Solo cuando una decisión tiene alcance *general y creador*, sea cual sea su contenido, es una decisión propiamente política.

La Constitución, como acto político de primera magnitud, es, en consecuencia, un acto de voluntad colectiva, es decir, "una decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política" (SCHMITT). Es una decisión, traducida en ordenación, sobre la estructura y los principios orientadores de la sociedad política. En la Constitución española de 1978, las grandes decisiones políticas se contienen, básicamente, en el Preámbulo.

El constitucionalismo actual, de base pluralista, relaciona el acto de decisión constituyente con la actividad participativa de los ciudadanos, pues si no se hace esta salvedad y se admite, sin más, que toda decisión sobre la organización y funcionamiento del Estado es una Constitución (como hacen, entre otros,

KAGI, MAC IVER, WILLOUGHBY y SCHMITT), corremos el riesgo de considerar constitucional cualquier golpe de estado autoritario, con olvido de que es misión típica de toda Constitución encauzar y limitar el ejercicio del poder para salvaguardar los derechos y libertades fundamentales.

La vertiente política de la Constitución material pone al desnudo la *fuerza normativa de la voluntad colectiva*. Es la fuente que asegura la unidad del ordenamiento jurídico, que sirve de parámetro o punto de referencia para salvar sus lagunas e interpretar coordinadamente todo el conjunto normativo. Su manifestación más típica es la que se produce en el momento constituyente inicial, pero no hay que desconocer que perdura a lo largo de su vigencia. El acto de mayor carga política es el que resulta del ejercicio del poder constituyente originario, pero se complementa ininterrumpidamente con aquellas decisiones que impulsan el desarrollo y las innovaciones del ordenamiento constitucional.

a) La doctrina del *poder constituyente* se formuló por EMMANUEL JOSEPH SIÉYÈS durante la Revolución francesa. Sólo la nación, a través de sus representantes extraordinarios, tiene poder para darse una Constitución, es decir, una organización fundamental. Pero la nación, afirma SIÉYÈS, es una formación de Derecho natural, anterior a toda ley positiva. De ahí que el poder constituyente de la nación sea inagotable e ilimitado, porque la nación sigue siendo en todo momento el único titular de este poder, que la autoriza para modificar y para cambiar su Constitución. Una nación no abandona nunca su estado de naturaleza; su voluntad es siempre ley suprema, es siempre *potestas constituens*. nunca *potestas constituta*.

Pero no siempre el poder constituyente se ha atribuido a la nación o al pueblo. Hasta finales del siglo XVIII no se generalizó el dogma de la *soberanía nacional*. Anteriormente había sido el príncipe el titular legítimo de este acto de decisión fundamental, actuando unas veces como autoridad autónoma y otras investido de representación.

En todo caso, el origen de toda Constitución se encuentra en un acto de decisión política, que consiste en el ejercicio del poder constituyente originario tras la ruptura — revolucionaria o no — del orden anterior para la instauración de un orden nuevo. Es un acto creador, excepcional, capaz de transformar en Derecho una determinada concepción política. Como decía DONOSO CORTES, es una acción que "no puede localizarse por el legislador, ni formularse por el filósofo; porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las Constituciones; si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere la víctima y se extingue".

b) Junto al poder constituyente originario, que es completamente libre en la elección de sus fines, opera el poder de revisión, llamado también *constituyente constituido* en oposición al *constituyente originario*, previsto y regulado en el texto constitucional, que se halla vinculado en sus determinaciones por un sistema jurídico consolidado. Aunque suponga una actividad política de primera magnitud, la reforma o revisión de la Constitución por la vía de la legalidad establecida, se lleva a cabo desde el interior del orden jurídico preexistente: se funda en la propia Constitución, aunque sea para alterar su contenido y aun para sustituirla.

En un plano estrictamente teórico resulta difícil la conciliación de la permanencia del poder constituyente originario — externo al ordenamiento jurídico — con la existencia de un poder de revisión constituido. Solamente la contingencia de los principios y la oportunidad de las decisiones políticas pueden ofrecer una solución que armonice satisfactoriamente la compatibilidad entre uno y otro.

c) Pero la vertiente política de la Constitución no se sitúa únicamente en este acto fundacional, sino que sigue presente a lo largo de toda su vigencia. Mientras mantiene su eficacia, la Constitución no es un producto fósil ni un ordenamiento estático, sino un mecanismo en movimiento que va innovando y reformando alguna de sus partes y creando nuevas formas.

Las Constituciones políticas no pueden ser perpétuas. Sin desconocer que, como expresión de los elementos fundamentales de un orden, aspiran a una continuidad y a una permanencia relativas, lo cierto es que, como organización de realidades históricas, las Constituciones están sujetas al ritmo de los acontecimientos políticos y a las alteraciones de las fuerzas sociales. La Constitución francesa de 1793 estableció claramente que “una nación no puede sujetar con sus leyes a las generaciones futuras” (art. 28), y un tradicionalista tan significativo como EDMUND BURKE no se cansaba de afirmar que un Estado que no pudiera cambiar nada, no tenía posibilidades de subsistir.

La Constitución no es sólo un *producto*, sino un *proceso*, un instrumento de transformación que canaliza las decisiones políticas, sociales y económicas en una orientación determinada. Es, como decía HELLER, “una forma abierta a través de la cual pasa la vida; vida en forma y forma nacida de la vida”. Frente a la concepción liberal burguesa que veía en la Constitución un texto venerable, dotado incluso de virtudes taumatúrgicas, que consagraba *a posteriori* o *ex-post-facto* un determinado dogmatismo político con pretensiones de perpetuidad; hoy descubrimos en la Constitución un auténtico *instrumento de gobierno* (denominación que se conserva oficialmente en Suecia) que despliega una función transformadora al servicio del desarrollo y que, no sólo es la expresión normativa de un orden social, sino también el punto de partida de un programa a realizar que marca, *a priori*, *ab-ante-facto*, la orientación de la política futura.

Las formulaciones constitucionales desarrollan una vida propia y, en consecuencia, deben valorarse como espacios abiertos a diferentes alternativas y a nuevas esperanzas. Son, en todo caso, anticipos del futuro, jamás una momificación del presente. Fué GASTÓN JÈZE quien, a principios de siglo, afirmó ya que “es políticamente absurdo, quimérico y hasta delictivo pretender encadenar las generaciones venideras con las instituciones actuales”, recordando la frase de JEFFERSON según la cual “la tierra pertenece a los que viven, sólo en usufructo: los muertos no tienen ningún poder y ningún derecho sobre la misma”. El principio *constitutio respicit futura, et non praeterita* que recogió el Código de Justiniano, mantiene toda su fuerza.

En los textos constitucionales modernos se destaca esta *función transformadora* que asumen para orientar las decisiones políticas sin romper con la legalidad establecida. El texto alemán de Weimar (1919) fue ya significativo a este respecto, iniciando una corriente seguida y ampliada en las Constituciones ulte-

riores. Sólo a modo de ejemplo recordamos la española de 1931 (art. 44), las francesas de 1946 y 1968 (Preámbulo), la italiana de 1947 (art. 3), la alemana federal de 1949 (arts. 14, 15, 20, 28) etc. La española de 1978 acentúa esta orientación en la medida en que tiene puesta la mirada en una meta irrealizada que se expresa en su preámbulo cuando menciona los ideales de "un orden económico y social justo", "una digna calidad de vida" y una "sociedad democrática avanzada", definiendo con estos fines los "principios rectores de la política social y económica" (tít. I, cap. III) y marcando el camino para conseguir para el futuro una estructura territorial autónoma.

d) Finalmente, la Constitución, como norma jurídica, está condicionada por las circunstancias históricas que pueden flexibilizar el significado y el alcance de sus preceptos. Se trata de la manifestación del llamado "valor de fondo de las normas" que, al margen de cualquier revisión formal, motiva un proceso paralelo a la vida de las instituciones, que contribuye a alterar o a adaptar el contenido de la Constitución sin modificar su texto escrito.

La Constitución, arropada por las costumbres, las prácticas, la jurisprudencia, la legislación y la vida política en general, se renueva, se adapta, evoluciona y, sin embargo, su forma permanece. En las Constituciones que surgen de un pacto, este fenómeno que L. Rossi denominó *elasticidad* constitucional y la doctrina alemana califica de *Verfassungswandlung*, es mucho más visible. Al excluir de su contenido aquellas zonas irreconciliables, la Constitución se asimila a la envoltura flexible del cuerpo social, en contraste con los textos dogmáticos que aspiran a inmovilizar ortopédicamente un orden: "como nuestra piel", decía ORTEGA, "la norma aprieta y ciñe músculos, pero con una presión de tal manera coincidente con los alabeos de aquéllos, que puede decirse del cuerpo social que vive tan libre como dentro de su piel".

Se explica así como en los Estados Unidos sigue vigente la Constitución de 1787, tras haberse convertido el sistema político de "congresional" en presidencialista; como el Estatuto italiano de 1848 mantuvo su vigencia bajo un gobierno constitucional puro, uno parlamentario y, en fin, uno autoritario; como la Constitución francesa de 1875 sirvió de soporte a un gobierno parlamentario de base presidencialista que la práctica transformó en un régimen de asamblea, y, en fin, como las modernas Constituciones de orientación pluralista — como la alemana de 1949, la francesa de 1958 y la española de 1978 — sirven de marco a un enfrentamiento entre las fuerzas demoliberales y las socialistas.

E) Contenido de las normas constitucionales

El contenido pluralente de las normas constitucionales permite formular una rica tipología centrada esencialmente en el objeto del mandato jurídico que expresan. Prescindiendo aquí de la clasificación de las normas por el grado de su eficacia (imperativas — preceptivas o prohibitivas — y permisivas — interpretativas o integrativas —) y ciñéndonos a su alcance objetivo, distinguimos las siguientes categorías normativas:

a) Normas *definidoras*, frecuentes en las Constituciones, pues, aunque no sea propio de la ley la misión de definir, a nivel constitucional es inevitable en materias que requieren una precisión conceptual o significativa, como pueden

ser la forma de Estado, el sistema político, la bandera, determinados órganos estatales o autonómicos etc. Como ejemplos, citamos los artículos 1.1, 1.3, 4.1, 81.1, 141 etc., de la Constitución española.

b) Normas *programáticas*, que enuncian los principios fundamentales y los valores que informan la estructura (orden) y la dinámica (fines) del régimen político. En la Constitución española abundan con profusión las normas programáticas, desde las grandes decisiones contenidas en el Preámbulo, y la mención de los valores superiores del ordenamiento jurídico y del orden político (arts. 1.1, 9.2 y 10.1) hasta la prolija regulación de los "principios rectores de la política social y económica" (arts. 39 a 52 y 128 y ss.).

c) Normas *declarativas de derechos*, que constituyen el núcleo de la parte dogmática de las Constituciones, en la medida en que definen las libertades fundamentales que amparan al hombre frente a los poderes públicos, y en que concretan su *status*, reconociéndole unas prestaciones y unos servicios esenciales. En el Título I, la Constitución de 1978 incorpora estas normas con una extensión poco común, con la particularidad de que todos los derechos y libertades que consagra son objeto de reserva de ley, reforzada tanto formalmente — exigencia de una ley orgánica para su desarrollo — como en el aspecto material — respeto de su contenido esencial (arts. 53.1 y 81.1).

d) Normas sobre *garantías institucionales* que, como indica SCHNEIDER, tienen por objeto el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, ya sea afirmando su autonomía (familia — art. 39 —, municipios y provincias — art. 137 —, universidades — art. 27.10), o garantizando el pluralismo político y social (arts. 6, 7, 28, 36) etc.

e) Normas *orgánicas y atributivas de competencias*. Son las que se refieren a la "arquitectura institucional" del sistema, respetando normalmente el esquema, más o menos actualizado, de los tres "poderes", devenidos funciones estatales superiores. En España abre este capítulo la regulación de la Corona, cuyo titular simboliza la unidad y permanencia del Estado al tiempo que arbitra y modera el funcionamiento de sus instituciones.

f) Normas *directivas* cuyo objeto es el de condicionar la futura actividad legislativa — mandatos al legislador — por medio de las cláusulas de *reserva de ley* que presuponen un *reenvío* a la norma de desarrollo expresamente prevista. En la Constitución española se contienen numerosas reservas de ley, unas veces normal o de ley ordinaria, y en ocasiones reforzada, ya sea por la naturaleza orgánica de la futura ley (art. 81.1) o por las condiciones vinculantes que se imponen al legislador (art. 53.1).

g) Normas de *excepción* o de orden en sentido estricto, orientadas a afrontar los estados de anormalidad política. De ahí que se denominen también normas de defensa de la Constitución, que presuponen la posibilidad de reforzar los poderes públicos y de suspender los derechos y libertades. La regulación de los estados de excepción y sus consecuencias (arts. 55, 116, 117.5 y 169), la legislación de urgencia (art. 86) y las facultades excepcionales sobre las Comunidades Autónomas (art. 155), constituyen los ejemplos típicos de esta normativa, siempre provisional y subsidiaria.

h) Normas *rígidas* (o de derecho estricto) y normas *elásticas*. Las primeras contienen una regla taxativa, que no admite matizaciones ni interpretaciones dispares. Por ejemplo: "los españoles son mayores de edad a los 18 años" (art. 12), o "la circunscripción electoral es la provincia" (art. 68.2). Las elásticas, en cambio, contienen preceptos flexibles o indicativos, de contenido variable en función de las circunstancias del momento. Por ejemplo: "el Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados" (art. 68.1); o las normas que reconocen funciones potestativas (arts. 92.1, 93) y que contienen expresiones indeterminadas (art. 55.2).

i) Desde otra perspectiva se puede hablar de normas *generales* o *universales*, que rigen en todo el territorio del Estado y vinculan a todos los individuos que se encuentran en el mismo, frente a las normas *particulares*, ya sea en razón al territorio (arts. 151, 152, Disp. transitorias 1^a, 2^a, 4^a, 5^a), o a las personas (arts. 13, 25, 42, 48, 49, 50, 70, 71, 117). Las primeras son normas *locales*, las segundas, *especiales*.

3 – Interacción y consenso constitucional. El régimen político

A) Interacción entre lo "normal" y lo "normado"

Las vertientes *real e ideal* de la Constitución, impulsadas por su fuerza *política*, se integran dialécticamente, aunque en distinta proporción en cada uno de los ejemplos históricos. Se establece una red de vasos comunicantes, un circuito de entradas y salidas, que se traduce en un influjo y un control mutuos entre las dimensiones "normal" y "normada" de la Constitución. La terminología utilizada para significar este proceso es distinta, pero el substracto es similar: se mencionan a este respecto, como conceptos que entran en contacto, el "Estado real" y el "Estado oficial" (ORTEGA); lo institucional y lo jurídico (SANTI ROMANO); lo legítimo y lo legal (HAURIOU); la voluntad y el Derecho (SCHÖNDLER); la decisión y el orden (HUBER); lo normal y lo normado (HELLER); lo social y lo jurídico-político (BURDEAU), el "ser" y el "deber ser" (KELSEN) etc.

Una de las características del ordenamiento jurídico consiste en la aspiración a lograr un equilibrio entre el *orden establecido* por las normas vigentes y la *orientación política* marcada por la dinámica de las fuerzas sociales. Se produce así una aproximación entre el Estado-sociedad y el Estado-aparato.

En todo caso, la Constitución es un fenómeno político y jurídico al mismo tiempo; es un lugar común en el que se dan *cita* los hechos reales de integración social y los principios ideológicos que se concretan en un orden jurídico fundamental. El poder se legitima a través de una ideología. El orden constitucional cobra eficacia cuando entra en contacto con los factores y los acontecimientos de la vida histórico-social; su fuerza – como la del gigante Anteo – depende de su contacto con la tierra. Pero, al propio tiempo, aquella eficacia se alimenta de la savia vigorizante de unos principios ideológicos. Por un lado, la Constitución abarca la totalidad de las instituciones sociales debidamente coordinadas en la unidad del Estado; por otro lado, las equilibra y orienta en la proporción precisa para impedir que opriman la libertad y para que aseguren la eficacia de los principios fundamentales que proclama. Para lograr este propósito operan en la

realidad política dos fuerzas complementarias: la de los hechos sobre las normas, y la de éstas sobre aquéllos.

a) En primer lugar, la *fuerza normativa de lo fáctico* y de lo ideológico. *Ex facto oritur ius*, el Derecho nace del hecho. La validez del Derecho, decía GEORGE JELLINEK (1851-1911), se basa en un elemento psicológico, en un contenido de conciencia: la convicción de su fuerza de obligar, justificada por el hábito y la tradición. La realidad social, configurada por los usos y por las prácticas costumbradas, tiene la virtud de engendrar normas, y esta fuerza normativa de lo fáctico o de lo real es la fuente más profunda del Derecho, y explica, por tanto, la existencia del orden jurídico. En la vida social, sobre todo en las comunidades primitivas, los hechos tienden a convertirse en normas, en formas jurídicas eficaces. De modo análogo, otros juristas y sociólogos han destacado el papel decisivo de las costumbres y de los hábitos en la creación y el desarrollo del Derecho (TARDE, EHRLICH, CARTER). Se trata de descubrir la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones y, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos recaída en el caso *Trop contra Dulles* (1958), dejó sentado que "las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo ni contraseñas vacías de sentido; son, por el contrario, principios vitales vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación".

Pero sería un error considerar que esta "fuerza normativa de lo real" es el único factor que contribuye a la evolución del orden jurídico. No hay que confundir el origen exclusivamente psico-sociológico del Derecho (supervivencia de la idea romántica del *Volksggeist*), con el *sentido* que cobran las normas jurídicas al entrar en contacto con la realidad social. Ciertamente, el ordenamiento jurídico — y, por tanto, su sector constitucional — es eficaz en la medida en que se traduce en reglas empíricas de la sociedad política, pero ello no presupone que las fuerzas creadoras del Derecho se agoten en los usos y en las tradiciones.

b) En segundo término, la *fuerza de la norma* para integrarse en la realidad. Las reglas jurídicas se convierten en Derecho eficaz cuando salen de su existencia formal para penetrar en la realidad como poder. El mismo Derecho y los principios metajurídicos que lo informan ejercen una influencia decisiva en la modelación de la realidad social. Las leyes, decía GRACIANO en el siglo XII, "se instituyen con su promulgación y se afirman con su recepción en las costumbres". Cuando quiebra esta recepción, la norma pierde su razón de ser. En el siglo XVIII y *more británico*, BOLINGBROKE se refirió a la Constitución como "conjunto de leyes, instituciones y costumbres derivadas de ciertos principios racionales fijos que constituyen el sistema general, a los que la comunidad presta su *consentimiento* para ser gobernada".

Este mismo fundamento se encuentra en la teoría de MAURICE Hauriou (1856-1929) sobre la *institución*, entendida como "la idea de una obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social". Las instituciones con que el hombre se encuentra en la sociedad son sedimentos dinámicos con pretensiones de duración, cuyo origen se centra en una idea-fuerza proyectada por uno o varios sujetos (fundadores) para que se realice en la sociedad. Si la idea consigue el respaldo de una autoridad que la dota de organización, se incorpora y

arraiga sin desvanecerse, queda transformada en una institución, es decir, en "la comunión de los hombres en una idea" (RENARD).

La idea que soporta la institución perdura después de la desaparición de sus fundadores y se transforma en una entidad impersonal dotada de una ordenación racionalmente estatuida. Esta ordenación tiene su expresión más sobresaliente en el Derecho, y la manifestación más eminente del fenómeno institucional es el Estado.

Sin embargo, de la misma manera que no procede exagerar el influjo normativo de los factores fácticos y tradicionales, creyendo que el Derecho nace desde abajo, tampoco hay que caer en el extremo opuesto y ver en el ordenamiento jurídico nada más que una imposición desde arriba, por parte de los órganos del Estado, como afirmaban los representantes de la Escuela analítica, fundada en Inglaterra por JOHN AUSTIN (1790-1859), para quienes el Derecho no es sino un mandato del Estado, es decir, un cuerpo de normas establecidas, reconocidas y aplicadas coactivamente por la voluntad soberana del Estado. Después de AUSTIN mantuvieron esta tendencia numerosos autores ingleses (HOLLAND, AMOS, SALMOND), alemanes (BERGBOHM, BIERLING), húngaros (SOMLÓ), franceses (LÉVY-ULLMAN, ROGUIN), norteamericanos (GRAY, HOHFELD), soviéticos (KORKUNOV) etc.

Las dos potencias forjadoras del Derecho a que acabamos de referirnos, o sea, la fuerza de lo real y el poder de los gobernantes al servicio de unas ideas, no pueden aislarse. Por un lado, opera la realidad social como una energía creadora de normas jurídicas; por otro, las decisiones políticas y judiciales que formalizan el orden jurídico que conviene a aquella realidad. Y el Derecho surge precisamente de las tensiones, luchas y compromisos entre la sociedad y sus gobernantes, de modo que, como dice BODENHEIMER, "la sociedad sin gobernantes no produciría el Derecho, sino la anarquía; y los gobernantes, sin los frenos que impone la sociedad, producirían, no el Derecho, sino el despotismo".

Con frecuencia se produce un desequilibrio entre las normas constitucionales y la realidad social. Ello ocurre sobretudo en los momentos críticos, en que se pretende dotar de eficacia a Constituciones ideales o dogmáticas que prescinden voluntaria o involuntariamente de la estructura existencial de la realidad, o bien, a aquellas otras que se proponen configurar un sistema político en favor de un determinado gobernante o grupo político. LOEWENSTEIN llama a las primeras, Constituciones *nominales*, que viven a espaldas de la realidad y son frecuentes en los países en vías de desarrollo; y a las segundas, *semánticas*, propias de los países autoritarios y comunistas, normalmente con propósitos hegemónicos, y las contraponen a las Constituciones *normativas*, aplicadas y cumplidas por todos los grupos interesados en el proceso político, y cuyas normas actúan como controles reales de los gobernantes y como protección efectiva de los gobernados.

Cuando las normas constitucionales entran en colisión con el orden real y pierden, por tanto, su efectividad, ya sea por inútiles, inaplicadas o rechazadas, la Constitución queda *falseada*, es decir, convertida en un mero orden formal cuyos principios son incapaces de vertebrar una sociedad. Es incuestio-

nable que en todos los ordenamientos jurídicos y en todas las Constituciones se encuentran preceptos carentes de aplicabilidad porque en el mundo real no se dan los hechos que corresponden a los supuestos previstos en la propia norma, ya sea por su carácter obsoleto (Leyes Fundamentales franquistas durante la transición de 1975 a 1978, normas de Derecho marítimo contenidas en el Código de Comercio de 1885, todavía vigente), o por regular situaciones utópicas e irrealizadas (normativa sobre la higiene y seguridad del trabajo, sobre el medio ambiente etc.). Decía a este respecto EHRLICH, tras el resultado de una encuesta, que la tercera parte de los artículos del Código Civil austriaco han pasado sin dejar rastro y que podrían derogarse sin que ello tuviera importancia alguna.

La gravedad surge, en cambio, cuando la norma jurídica, además inaplicable, encierra una contradicción con el sistema de valores vigente. En estos casos se plantea el problema de la existencia de un Derecho constitucional *anticonstitucional*, como ocurrió en España en relación con el Código político de 1876 bajo la Dictadura de Primo de Rivera, en Italia con el Estatuto Albertino durante el Fascismo y en Alemania con el texto de Weimar durante el mandato de Hitler.

B) *El consenso constitucional: convicción frente a coacción*

Toda Constitución propiamente *normativa* expresa un consenso, es decir, un acuerdo mayoritario sobre los valores políticos fundamentales y sobre las normas que los aplican.

El consenso es, sin embargo, un concepto *relativo*. No cabe duda de que sería perfecto si fuera total y absoluto, pero entonces dejaría de ser consenso para convertirse en una vigencia social permanente, que diría ORTEGA. En política no cabe hablar ni de un consenso unánime ni tampoco de la falta absoluta de consenso, sino de un determinado *grado* de consenso referido siempre a una sociedad concreta. Es un concepto que presupone su contrario, el disenso, indispensable para valorar su intensidad.

En el ámbito político el consenso recae sobre los principios básicos de convivencia, sobre la organización de la sociedad y del Estado y sobre las reglas esenciales del juego político.

El consenso político es una manifestación específica del consenso social que se produce cuando existe la aceptación compartida de las creencias, los valores y las reglas que definen una cultura y constituyen el factor esencial de la cohesión de una determinada sociedad. El acuerdo sobre estos valores y normas es la base del *contrato social* que reconduce a la voluntad de los ciudadanos la justificación del poder y del Derecho. Con esta base, la escuela funcionalista de PARSONS considera que el consenso es la *aceptación socializada del orden social vigente*.

En el consenso se funden los elementos más valiosos de la integración comunitaria, que se apartan en todo caso del elemento coactivo, y que responden a la idea de cultura socio-política, entendida como el sistema de creencias, de valores y de normas que definen la situación dentro de la cual

se desarrolla la acción política. A través de un continuado proceso de socialización, el hombre incorpora y asimila aquellos valores, creencias y normas que considera positivos para sus intereses, y consolida con ello unas pautas de conducta duraderas.

La Constitución de los Estados Unidos, de 1787, es el mejor exponente de ese consenso o pacto rousseauiano tácito concertado entre los Estados y los ciudadanos que se sometieron a una autoridad común, que simboliza un cuádruple compromiso, entre federalistas y antifederalistas, entre los pequeños y los grandes Estados, entre los liberales del Norte y los esclavistas del Sur, y entre la democracia y los intereses de las clases poderosas.

En el constitucionalismo europeo del pasado siglo y principios del actual, el principio que imperó fue, en cambio, el de la ruptura del consenso, como consecuencia de la confrontación de una pluralidad de ideologías que se apoyaban en diferentes criterios de legitimidad, totalmente incompatibles unos con otros. Y cuando se conseguía un acuerdo entre los grandes partidos, se apoyaba únicamente en los principios del liberalismo burgués. En este sentido, la Constitución canovista de 1876 nació como un texto abierto y transaccional para servir de instrumento de concordia y de reconciliación nacional, que hizo decir a SILVELA que "bajo esta Constitución pueden realizarse todas las políticas posibles dentro del sistema monárquico constitucional". Y ello fue cierto mientras los partidos institucionales eran grupos de notables adictos al esquema monárquico centralista. Pero cuando, a raíz de la gran crisis de 1917, se impuso el protagonismo de las fuerzas obreristas, autonomistas y republicanas, el consenso se desvaneció y el texto de CÁNOVAS perdió su arraigo normativo.

Cuando las principales fuerzas políticas del Estado no están de acuerdo en mantener la legalidad de los valores y las instituciones vigentes, se produce la ruptura del consenso y el consiguiente enfrentamiento al modelo "oficial" de sociedad política por parte de la oposición. En este caso, los textos constitucionales que precinden de la cobertura del consenso tienden a imponer preceptos que repugnan a una parte considerable del país, a modo de *trágalas* generadores de tensiones y de discordias (como, por ejemplo, el art. 26 de la Constitución de 1931).

Durante el siglo XIX, lo mismo en España que en Francia, se suceden los textos programáticos al servicio de los intereses exclusivos, ya sea de las tendencias progresistas partidarias del dogma de la soberanía nacional y de la progresiva participación popular (Constituciones de 1812, 1837, 1869 y proyectos de 1856 y 1973 y, en Francia, Constituciones de 1791, 1793 y 1848), o bien de los grupos conservadores y moderados partidarios del poder real o de la soberanía compartida (Constituciones españolas de 1808, 1834, 1845 y 1876 y francesas de 1799, 1802, 1804 y 1852). DIEZ DEL CORRAL explica como de la misma manera que el autor de un pronunciamiento se preocupaba básicamente por el hecho ideológico de *pronunciar* "su verdad" con un acto de fuerza, así también la Constitución era un texto dotado de poderes mágicos y taumatúrgicos al margen de la estructura del país, siempre al servicio de quienes logran adueñarse del aparato coactivo del Estado.

C) *La Constitución española de 1978 y el consenso*

El consenso que reclama el modelo de sociedad actual debe rebasar los estrechos límites marcados por el liberalismo burgués y adentrarse en los dominios del Estado social y democrático. Tratándose de la Constitución española de 1978, el consenso o contenido mínimo compartido por las fuerzas políticas dotadas de peso específico, se cifra en el modelo de *sociedad democrática avanzada* descrito en el Preámbulo y en el Título preliminar e impulsado por los dos propósitos que se enuncian en el art. 9.2: "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" y "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural".

Las expresiones *Constitución del consenso, de la convivencia, de la concordia*, utilizadas para designar la de 1978, son válidas en la medida en que expresan el esfuerzo desplegado por las fuerzas protagonistas del proceso constituyente para sustituir, la "estructura de la dominación" por la "estructura de la integración". Sólo aquellas fuerzas que se sitúan fuera de los límites del marco transaccional del sistema, manteniendo su intransigencia frente a la legalidad constitucional (antidemócratas, imperialistas, separatistas, centralistas, dogmáticas), permanecen apartados del juego político pluralista.

Pero, por otra parte, precisa fijar los límites precisos al llamado consenso constitucional. No se olvide que existe una vasta zona ideológica e institucional en la que el acuerdo no ha sido posible, y que sigue siendo escenario de las confrontaciones políticas entre el Gobierno y la oposición. Toda Constitución basada en el consenso, sobre todo si los valores democráticos han sido históricamente interrumpidos, tiende a eludir las materias polémicas y a subrayar, en cambio, todo cuanto suponga emotividad. No sin razón TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, al referirse al consenso constitucional de 1978, escribe que "no fue, ni mucho menos, un acuerdo sincero sobre las bases del nuevo Estado democrático, sino, más bien, una mera transacción en la que las partes, dando, prometiendo o reteniendo (sobre todo reteniendo) cada una alguna cosa, como dice gráficamente el art. 1809 del Código Civil, evitaron la provocación de un pleito que ninguna de ellas podía ganar en aquel momento... No hubo, pues, verdadero consenso, sino simple *acuerdo coyuntural* libremente revocable".

Ante la imposibilidad de armonizar opciones antagónicas y de llegar a un acuerdo sólido sobre principios constitucionales básicos, el consenso coyuntural conduce necesariamente a la inmoderada técnica de sustituir la norma fundamental por una norma de segundo grado limitada a ordenar al legislador futuro que llene el vacío constitucional. Se prolonga así el proceso constituyente a la discusión y aprobación de numerosas leyes, orgánicas y ordinarias, necesarias para dotar de plenitud al ordenamiento jurídico fundamental.

D) *Constitución material y régimen político*

La Constitución material, concebida como el complejo normativo que regula y orienta la organización y los fines del Estado, se aproxima al concepto de régimen político.

Desde la Edad Media, la palabra régimen se empleó en numerosos tratados: *De Regimine Principum* (TOMÁS DE AQUINO, EGIDIO COLLONA), *De Re-*

gimine Civitatis (BARTOLO), *De Regimine Christiano* (VITERBO), *De Regimine Mundi* (UCURRUNO), *De Regimine Reipublicae* (CAPUTO) etc. En Francia, sobre todo desde MONTESQUIEU, se generalizó la expresión *ancien régime* para designar el conjunto de principios e instituciones de la sociedad prerrevolucionaria. Y, por lo común, la palabra *régimen* se anudaba a una ruptura o transformación de la situación social y política, para contraponer el *nuevo régime* al *antiguo*. Ejemplos evidentes de este hecho los ofrecen los regímenes bolchevique y fascista.

Depurado de esta carga crítica, el concepto de régimen es el más general de cuantos se refieren a la configuración de la realidad política. Engloba un medio social, unos valores, unas instituciones, unas fuerzas políticas, unos fines y unas técnicas jurídicas. El régimen abarca la realidad política en su totalidad, y se traduce en la síntesis integradora de las estructuras, las ideas y los poderes que operan en la sociedad. Es la configuración del ejercicio y la organización del poder político en el marco de una estructura social y de una orientación ideológica determinadas.

No falta quien, para diferenciar al régimen de la Constitución material, apela a la naturaleza dinámica y estática, respectivamente, de uno y otra. La Constitución — escribe OSCAR ALZAGA — representa la realidad política de la nación “casi en la misma forma en que una fotografía instantánea representa a un caballo galopando”; mientras que el régimen “busca ofrecernos una imagen a la vez cinematográfica y de rayos X de la realidad política”. Pero esta diferencia, válida quizás para los esquemas racionalistas del liberalismo que imperó hasta el periodo de entreguerras, no resiste el concepto actual de Constitución material, portador de una dimensión política cuya esencia dinámica hemos estudiado líneas atrás.

En el concepto de régimen, como en el de su expresión normativa, se integran los diversos factores que dan ser y sentido a la realidad política:

a) Expresa, ante todo, una estructura o medio social que, como indica BURDEAU, no es sólo la sociedad tal como aparece de la organización que adopta, sino también, toda la atmósfera espiritual que refleja la originalidad del grupo. Debido a la configuración típica del medio social, ocurre que, cuando se quieren transplantar formas o sistemas de gobierno similares a regímenes diferentes, aquéllos son vividos de forma distinta.

b) El régimen se refiere asimismo a las instituciones que disponan de los mecanismos de decisión y que funcionan en una determinada sociedad, contemplando a esas instituciones, no desde una perspectiva técnico-formal o aséptica, sino en la medida en que sirven a una determinada ideología. En este sentido, GIUSEPPE CHIARELLI, en 1932, definía el régimen como el conjunto coordinado de instituciones jurídicas con el propósito de actuar una determinada concepción política del Estado y de la sociedad.

c) Finalmente, el régimen presupone unos valores que inspiran el programa político. Esencial al concepto de régimen es la orientación política que informa y canaliza la actividad del Estado. Esta vertiente programática del régimen suele tener eco preferente en los Preámbulos de las Constituciones, de los que es buen ejemplo el de la española de 1978 al proclamar las seis

grandes decisiones que configuran el régimen: 1) garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo; 2) consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; 3) proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones; 4) promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida; 5) establecer una sociedad democrática avanzada; y 6) colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

El régimen es la expresión más amplia de la forma política: integra todo el complejo social, institucional e ideológico. En un mismo régimen se pueden englobar distintos sistemas de gobierno (presidencialismo, parlamentarismo) y aun diferentes formas de Estado (monarquías, repúblicas, formas federales, unitarias etc.). La clasificación de los regímenes políticos actuales puede abordarse desde una perspectiva socio-política o desde un punto de vista socioeconómico.

En el primer sentido, se contraponen básicamente los regímenes pluralistas a los monocráticos. En los primeros, la competición política es libre y abierta a una diversidad de fuerzas, y la estructura constitucional responde a un sistema de equilibrio de poderes y de legalidad de la oposición. En las monocracias o regímenes unitarios la actividad política se monopoliza por una fuerza única o por una tendencia encarnada en un hombre o en un partido, y las instituciones se basan en la concentración o confusión de poderes y en la prohibición de toda oposición. Los regímenes monocráticos se subdividen a su vez entre los que responden a un propósito autoritario dirigido a asegurar el poder (fascismo, dictaduras afroasiáticas y latinoamericanas) y los que se proponen llevar a cabo una transformación revolucionaria de la sociedad (regímenes comunistas).

Las clasificaciones socioeconómicas ponen de relieve la interrelación entre el régimen político y la estructura económica, lo que permite diferenciar, por un lado, los sistemas capitalistas de los socialistas y, por otro, los subdesarrollados, los desarrollados y — como hace ANDRÉ HAURIOU — los superdesarrollados.

4 — *Atributos de la Constitución material*

A) *La supremacía*

“Las leyes constitucionales — afirmaba SALAS en 1821 — se llaman también fundamentales porque son el apoyo, el cimiento, el fundamento del edificio social que sin ellas no puede existir firme por largo tiempo”. La totalidad del ordenamiento jurídico se halla condicionado por las normas constitucionales, y ninguna autoridad estatal tiene más poderes legítimos que los que la Constitución le reconoce. Es común afirmar que las reglas constitucionales son a modo de premisas mayores cuyas consecuencias son desarrolladas por las leyes ordinarias.

Esta supremacía vale tanto para la Constitución material como para la formal en la medida en que el ordenamiento primario del Estado tiende a concretarse formalmente en uno o varios textos jurídicos dotados de un rango

privilegiado que, normalmente, conllevan la existencia de un procedimiento especialmente agravado para su reforma. La formulación del principio de la supremacía de la Constitución cuenta con notables precedentes en la historia de las doctrinas y de las instituciones jurídico-políticas, si bien su expresión más acabada se localiza en los orígenes del constitucionalismo norteamericano, vinculado a la lucha contra la Corona británica. La propia Constitución de 1787 se irrogó la condición de "Derecho supremo sobre la Tierra". Otras Constituciones ordenan expresamente la nulidad de las leyes que la contradicen. Valgan, como ejemplos, el art. 15.4. 2º de la irlandesa de 1937 y el 98 de la japonesa de 1946. En la española de 1978 se contienen varios preceptos que formalizan esta supremacía, muy particularmente el art. 9.1 — "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" — y, en aspectos más concretos, los artículos 53.1, 117.5, 161.1, 164 y la Disposición derogatoria 3, además del patrón de rigidez constitucional regulado a dos niveles en los artículos 167 y 168.

Esta superioridad de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico estatal se anuda necesariamente a la compatibilidad de todas las reglas jurídicas secundarias o derivadas con las normas primarias o constitucionales. La Constitución expresa un orden unitario y positivizado de valores, a partir del cual, y en un orden jerárquico descendente, se sitúan escalonadamente las restantes fuentes del ordenamiento jurídico. Ni las leyes — orgánicas u ordinarias —, ni los tratados internacionales, ni los reglamentos y actos administrativos, ni, en fin, las decisiones judiciales, pueden, en pura lógica, oponerse al orden fundamental — *higher law* — encarnado en la Constitución. Para asegurar la subordinación de las leyes y demás fuentes jurídicas a la norma fundamental e, indirectamente, para frenar posibles abusos del Parlamento, se ha impuesto la necesidad de instituir una autoridad encargada de garantizar el control de la constitucionalidad de aquellas fuentes. Fue también en los Estados Unidos donde, por primera vez, se decretó la nulidad de una ley contraria a la Constitución por parte de un órgano jurisdiccional: se trata de la Sentencia de 24 de febrero de 1803, dictada por el Juez JOHN MARSHALL en el caso *Marbury contra Madison*, que impuso a los jueces la obligación de inaplicar cualquier ley que contradiga la Constitución, porque "siendo ésta la Ley fundamental y suprema de la Nación", toda disposición que repugne a la misma está viciada de radical nulidad.

A partir de las Constituciones alemana de 1919 y austríaca de 1920, el control de la constitucionalidad de las leyes se generalizó en Europa, confiándose por norma general a los tribunales constitucionales de naturaleza jurídico-política, de los que son ejemplos el "Tribunal de Garantías Constitucionales" que instituyó la Constitución española de 1931 y el "Tribunal Constitucional" creado por la de 1978.

La supremacía material de la Constitución frente a todas las normas jurídicas, debidamente conjugada con el principio de la armonización de los ordenamientos jurídicos subordinados, supone el deber de interpretar la totalidad de aquellas normas con arreglo a los valores y los preceptos constitucionales. Implícitamente, este principio de la interpretación conforme a la Constitución se expresa en el art. 3 del Código Civil, según el cual, "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto,

los antecedentes históricos y legislativos, y *la realidad social* del tiempo en que han de ser aplicadas". La Constitución forma precisamente aquel contexto y refleja la realidad social con arreglo a los cuales deben interpretarse las reglas jurídicas.

En todo caso, las normas constitucionales operan como *dominantes* y, a consecuencia de su fuerza vinculante sobre el ordenamiento jurídico, adquiere también valor preeminente la doctrina legal e interpretativa de las sentencias del Tribunal Constitucional frente a la de cualesquiera órganos jurisdiccionales, como se expresa en el art. 161.1.a de la Constitución (la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta), y resulta de la alta misión que asume aquel Tribunal en su condición de "intérprete supremo de la Constitución", con el monopolio de decidir sobre la inconstitucionalidad de los actos normativos con rango de ley.

Sin embargo, antes de pensar en la inconstitucionalidad de una ley, los jueces o tribunales deben agotar todas las posibilidades de hallar una vía interpretativa congruente con la Constitución, para evitar el vacío normativo motivado por la anulación de la ley y respetar la presunción de constitucionalidad de las normas.

El encuadramiento de los órganos constitucionales y sus funciones dentro del marco de la Constitución presupone, primero, que ninguno puede usurpar lo que, constitucionalmente, es propio de otro, y, segundo, que está vetado a todos estos órganos delegar aquellas competencias que la norma fundamental le asigna expresamente. La práctica ha suavizado y aun quebrantado estos principios, pero, en todo caso, es necesario prever la existencia de una autoridad habilitada para decidir los conflictos de competencia que puedan plantearse entre los distintos *poderes* del Estado o entre entes investidos de autonomía. En ocasiones ha asumido esta competencia el poder judicial (Italia, República Federal Alemana), otras veces se ha confiado a tribunales mixtos (Tribunal de conflictos francés) o al Jefe del Estado (Real Decreto de 1887 y Ley de 17 de julio de 1948 en España). Tanto la Constitución de 1931 como la de 1978 han asignado al Tribunal Constitucional la decisión de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas y los de éstas entre sí, ampliada a la de los que puedan plantearse entre los distintos órganos constitucionales del Estado.

B) *La efectividad*

Toda norma jurídica persigue un propósito concreto en el marco de la vida social. Pero, además de perseguir esta meta, debe ser capaz de conseguirla, es decir, debe ser *eficaz*. La eficacia es un atributo que pertenece a la misma esencia del Derecho, pues si una norma deja de ser obedecida por todos, aun manteniendo su vigencia formal, pasa a ser una regla inútil o perturbadora. Pierde su eficacia. Nuestro Código Civil contempla el principio de la eficacia de las normas jurídicas en su Título Preliminar (arts. 6 y 7).

Pero la eficacia no es suficiente; debe completarse con la efectividad. La primera es la capacidad para alcanzar el fin propuesto, mientras que la efecti-

vidad es la eficacia respaldada por el poder coactivo del Estado. Una norma es efectiva cuando, a su aceptación por la sociedad, añade la nota de imposibilidad inexorable o coercibilidad. Un ordenamiento jurídico exento de coercibilidad sería un contrasentido, porque es función esencial del Derecho establecer un mínimo de certidumbre y de estabilidad en las relaciones sociales y, por eso, como decía RECASENS SICHES, excluye ineludiblemente el azar y la inseguridad. La coercibilidad pertenece a la misma esencia del Derecho.

En la Constitución de 1978 la efectividad se consagra en el mandato del art. 9.1, que sujeta tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En consecuencia, todas las normas constitucionales, sin excepción, incluidos los principios rectores de la política social y económica, huérfanos del amparo judicial directo (art. 53.2), vinculan a todos los jueces y tribunales, sea cual sea su grado y jurisdicción, y a todos los poderes públicos. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado que "la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la *norma suprema de nuestro ordenamiento*, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los Poderes Públicos, y por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales" (Sent. de 28 abril de 1982).

Ahora bien, la coercibilidad o posibilidad de apelar a la coacción, en ocasiones se manifiesta como una fuerza más espiritual o psicológica que física. Algunas reglas jurídicas, incluso constitucionales, expresan en forma de normas jurídicas preceptos morales, usos y creencias sociales que están en la conciencia de muchos y que aceptamos espontáneamente como vinculantes y como deseables. No resulta difícil encontrar en las Constituciones y en las leyes preceptos que, sin dejar de ser Derecho, invaden el ámbito de la Política, de la Moral, de la Economía, etc. cuya eficacia no precisa de los resortes de la coacción. Piénsese, por ejemplo, en las normas organizativas, en las que tienen un contenido abstracto o impreciso, o en aquellas que en lugar de contemplar relaciones intersubjetivas, formulan aspiraciones cuya eficacia se apoya en motivaciones alejadas de la coacción. Recordamos a este respecto algunos preceptos de la extensa Constitución de 1812, como el que conmina a todos los españoles a ser justos y benéficos (art. 6), o el que centra el objetivo del Gobierno en la felicidad de la Nación y el bienestar de los individuos que la componen (art. 13), o el que manda proteger la religión católica con "leyes sabias y justas" (art. 12). Con razón dijo MERKL que "los más importantes preceptos del Derecho constitucional carecen de sanción y nadie duda, en cambio, de su carácter jurídico".

Ocurre sin embargo que la efectividad de las normas jurídicas y su presupuesto, la coercibilidad, son predicados que se dan en una intensidad variable, motivando una gama gradual de normas, desde aquellas que son altamente coercitivas hasta las que apoyan su eficacia en motivos alejados de la fuerza. Resulta, por tanto, aventurado, disponer — como hace el art. 105 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968 — que la Constitución es derecho de "aplicación directa".

a) Existen, ciertamente, numerosas normas constitucionales que son de aplicación directa y primaria, no obstante cualquier ley contraria que debe entenderse derogada automáticamente sin necesidad de esperar a que sea anulada formalmente por el Tribunal Constitucional. Tal es el caso, según GARCÍA DE ENTERRÍA, de las normas sobre el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, y de las que se refieren a la organización y habilitación de los Poderes Públicos.

La Constitución de 1978 atribuye una efectividad reforzada o preferente — siguiendo las huellas de la Ley Fundamental de Bonn — a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Según el texto alemán (art. 1.3), las libertades que menciona se consideran “derecho inmediatamente válido”, y según el español (art. 53.1), “vinculan a todos los Poderes Públicos”, contando además con la cobertura especial de un procedimiento preferente y sumario y del amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53.2 y 161.1.b).

Con ello, la Constitución española, siguiendo la pauta marcada por la progresista de 1869, establece un estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, que no necesita del complemento de leyes de desarrollo, para ser operativo inmediatamente, con la garantía, además, de que cuantas leyes — preceptivamente orgánicas (art. 81.1) — se dicten en este sentido, deberán respetar el *contenido esencial* de los derechos y libertades (art. 53.1).

La primera consecuencia de este punto de partida es la obligación que tienen todos los jueces y tribunales que conozcan de un proceso que afecte directamente a los derechos o libertades especialmente protegidos por la Constitución, de aplicar directamente ésta prescindiendo de cualquier norma anterior limitativa, que debe considerarse automáticamente derogada por oponerse a lo establecido por la Constitución (Disposición derogatoria 3). Esta conclusión es válida no solamente para las normas contenidas en leyes anteriores a la Constitución, sino también para las posteriores.

Los preceptos que forman la parte orgánica de la Constitución son también, en su mayor parte, de aplicación inmediata y directa por parte de los Poderes Públicos, independientemente de que existan o no normas ordinarias de desarrollo, y lo mismo si atañen a la estructura como si regulan el funcionamiento de los órganos constitucionales. En consecuencia, “todas las normas constitucionales que habiliten determinadas actuaciones a los órganos por ellas regulados son normas de aplicación inmediata, no obstante eventuales leyes anteriores contrarias, que han de entenderse derogadas” (GARCÍA DE ENTERRÍA).

b) En un segundo grado o nivel de efectividad están las otras normas constitucionales dotadas de menor carga política. Ante la eventual presencia de leyes anteriores a la Constitución opuestas o incompatibles con estas normas, el Tribunal Constitucional apela a las dicotomías *vigencia-derogación* y *constitucionalidad-inconstitucionalidad*, y afirma que “la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad” (Sentencias de 2 de febrero y 8 de abril de 1981), admitiendo que los jueces y tribunales ordinarios pueden decidir por sí solos la derogación de las leyes preconstitucionales — aunque sólo con efectos ceñidos al caso concreto, con la inseguridad que ello comporta —, si

bien, cuando la solución del problema se les plantea dudosa, pueden someterla al Tribunal Constitucional (cuestión de inconstitucionalidad, con eficacia *erga omnes*). Este sistema intermedio contrasta tanto con el italiano que, separando los conceptos de derogación e inconstitucionalidad sobrevenida, asigna el monopolio de ésta al Tribunal Constitucional, como con el alemán, que reconoce a los tribunales ordinarios competencia para decidir sobre la derogación del derecho preconstitucional puesto a la Ley Fundamental de Bonn.

c) En otro nivel se encuentran aquellos preceptos que, aunque vinculantes para los tribunales y para todos los Poderes Públicos, no son de aplicación directa, porque precisan necesariamente de desarrollo legislativo para generar auténticos derechos subjetivos. Tal ocurre, en la Constitución española, con los "principios rectores de la política social y económica" del Capítulo III del Título I (arts. 39 a 52), así como los del Título VII (Economía y Hacienda). Acerca de los primeros, dispone el art. 53.3 que "sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". En consecuencia, la eficacia de estas normas tiene un alcance esencialmente interpretativo de la legislación vigente, no sólo para garantizar el "mínimo existente", sino incluso para provocar la inconstitucionalidad de las disposiciones contrarias, y al mismo tiempo, se manifiesta como una fuerza que encauza la actividad legislativa en el sentido del Estado social de Derecho querido por la Constitución.

d) Finalmente, ocupan una posición especial las normas contenidas en leyes ordinarias — orgánicas o no — de contenido materialmente constitucional, desprovistas de todo rango jerárquico formal, aunque objetivamente integradas en el orden jurídico fundamental que sirve de soporte al sistema jurídico global.

III — TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN FORMAL

1 — La ley y la Constitución

A) La Ley

Mientras la norma jurídica es una proposición que prescribe un comportamiento y que cuenta con el respaldo de la coercibilidad, la ley es un acto elaborado por el hombre; es una decisión emanada regular y formalmente de los órganos que detentan el poder soberano del Estado. En otros términos, es el *acto dictado constitucionalmente por los titulares del poder legislativo*. La norma, según vimos, es un mandato jurídico, mientras que la ley, o disposición legal, es "la señal o el signo sensible mediante el cual se expresa aquel mandato" (FREDERICO DE CASTRO).

La esencia formal de la ley presupone, como nota esencial a la misma, que sea dictada con arreglo a la Constitución, esto es, que sea "suficientemente promulgada" — como se afirmaba en la clásica definición de FRANCISCO SUÁREZ — o "promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad" — en expresión de TOMÁS DE AQUINO. De este requisito depende la validez de la ley.

La ley es, ante todo, la fuente más importante del Derecho. Es el continente más sólido de la norma jurídica. Pero conviene aclarar que ni todas las

normas jurídicas se hallan contenidas en leyes, ni todas las leyes significan o expresan necesariamente normas jurídicas. La coincidencia de ambos conceptos en el binomio *norma jurídica* – *ley* configura las llamadas leyes perfectas o propias, frente a las imperfectas o impropias, que son las leyes no normativas, como por ejemplo las que contienen definiciones o preceptos hipotéticos.

La Constitución de 1978, en el Preámbulo, considera la ley como “expresión de la voluntad popular”. Consecuentemente, se dictan por el órgano que ostenta la representación del pueblo español, o sea, por las Cortes Generales (art. 66). La perfección formal de la ley se consigue con el último acto del proceso legislativo, que es el de su publicación, dispuesta por el Rey (art. 91).

Hasta ahora hemos contemplado la Constitución desde su ángulo normativo o formal. Nos corresponde ahora detenernos en su vertiente formal o legal, por cuanto la Constitución como norma se complementa con la Constitución como ley, como la *Ley Fundamental* emanada del órgano dotado de poder legislativo constituyente. No obstante su origen político, la Constitución es, básicamente, una ley y, como tal, participa de los atributos propios de todo acto legislativo.

En el lenguaje jurídico y muy especialmente en los textos constitucionales, la palabra ley se utiliza para significar impropriamente otros conceptos, como pueden ser:

a) La norma jurídica contenida en la propia ley, confundiendo el contenido (mandato) con el continente (acto formal emanado del Estado). No es correcto, por tanto, afirmar que “no es lícito violar la ley”, pues lo que se viola, en todo caso, es la norma jurídica significada por ella. En el lenguaje clásico era frecuente esta confusión. Valga como ejemplo la conocida definición ciceroniana: “la ley es un principio recto e inspirado por los dioses, que nos manda aquello que es honesto y nos prohíbe hacer lo contrario”. Y la doctrina moderna aumenta el confusionismo cuando pretende diferenciar la ley formal (propriadamente dicha) de la ley material (mandato normativo). Las leyes son vehículos de expresión de la norma jurídica y, como tales, establecen, regulan, determinan, disponen, consagran, pero no deciden, ni limitan, ni garantizan, ni posibilitan. La fuerza no reside en la ley, sino en el mandato. En consecuencia, es correcto afirmar “los preceptos de las leyes” (art. 20.4 de la Constitución), “cuando así lo disponga la ley” (art. 119) etc. Es, en cambio, impropio, decir “la ley limitará” (arts. 18.4, 28), “la ley garantizará” o “posibilitará” (arts. 37, 39.2) etc. Sí, en cambio, deben predicarse de la ley las cualidades que se refieren a la forma: brevedad, claridad etc.

b) El ordenamiento jurídico en general, es decir, el propio Derecho constituido por la totalidad de los preceptos jurídicos vigentes. A este respecto, la terminología inglesa utiliza la expresión *common law*, que se extiende incluso a las costumbres, frente al *statute law* emanado del Parlamento. La Constitución utiliza correctamente la denominación “ordenamiento jurídico” en el art. 9, pero, en cambio, incurre en desviación al referirse repetidamente al “respeto a la ley” (arts. 6, 7, 10), a la “igualdad ante la ley” (art. 14.39), etc. En la Constitución italiana el uso de la palabra ley como sinónima de ordenamiento jurídico se utiliza continuamente: arts. 3, 8, 15, 33, 35, 36, 46, 54, 126, etc.

c) La autoridad del Estado se designa asimismo con la palabra ley en expresiones como "en nombre de la ley", "el peso inflexible de la ley", *dura lex sed lex*. En la propia Constitución se habla del "imperio de la ley" (Preámbulo y art. 117.1).

B) *Predicados de la ley: generalidad, estabilidad y superioridad*

a) La ley es, esencialmente, un acto general, es decir, un acto abstracto e impersonal. Su rango le impide contemplar situaciones concretas e individualizadas. "La ley — decía FRANCISCO SUÁREZ — pretende beneficiar a todos y por todos deberá ser acatada; nunca se preocupa de una persona singular". Sin embargo, esta generalidad no debe interpretarse de un modo radical, sino como una categoría opuesta a la individualidad. El número de sujetos a los que la ley se aplica carece de trascendencia, y bien puede suceder que, en el momento de publicarse exista sólo una o pocas personas que reúnan las condiciones precisas para aplicar la norma expresada en la ley. La generalidad no se mide cuantitativa, sino cualitativamente. Lo que opone las normas particulares a las legales es que, en aquéllas, los individuos se consideran *uti singuli* y, en estas, *uti universitas*.

Lo que ocurre es que en la sociedad actual, sujeta a la presión de una compleja gama de grupos, la generalidad de la ley sucumbe con frecuencia a la tentación del legislador de sancionar disposiciones especiales que generan desigualdades y conflictos en la medida en que crean discriminaciones camufladas bajo una apariencia de generalidad. Se cita a este respecto la ley francesa de 14 de septiembre de 1941, que reformó el art. 331 del Código Civil, con el único fin de que una persona concreta pudiera adoptar un hijo ilegítimo.

Es indudable que el fabuloso incremento de las funciones públicas incide en la esencia de la ley, que corre el peligro de convertirse en un vehículo de formalización o registro de normas que sirven a unas ideologías o a unos intereses concretos, con la secuela de una incesante proliferación de actos legislativos y el consiguiente desprestigio que ello entraña (*corruptissima respublica plurimae leges*). Ello explica que la doctrina de la generalidad de la ley, que fue dogma para los filósofos y juristas de la Antigüedad (ARISTÓTELES, PAPINIANO, CELSO, ULPIANO), principio indiscutido por ROUSSEAU y la generalidad de los autores modernos, haya sido negado por juristas contemporáneos de la talla de LABAND, JELLINEK y CARRÉ DE MALBERG, entre otros.

b) Junto a la generalidad, se predica de la ley la vocación de permanencia o de duración indeterminada del mandato que contiene, que, obviamente, no implica ni perpetuidad ni rechaza la elasticidad, sino simplemente, durabilidad o, por lo menos, ausencia de derogación anticipada. La esencia de la ley está reñida con todo acto contingente o "de temporada".

La *vigencia* de la ley tiene un alcance no solo personal (generalidad), sino también temporal (estabilidad). En el ámbito del Derecho Constitucional se ha planteado el problema de las normas dotadas formalmente de vigencia permanente (normas inmutables), que responden a un dogmatismo jurídico de escaso valor práctico y una invitación a la ruptura constitucional o al golpe

de Estado. Por regla general, estas normas *inmutables* se han centrado en aquellos preceptos que definen “el espíritu de la Constitución”, su esencia, sus principios fundamentales, etc. (Constitución noruega — art. 112 —, egipcia de 1930 — art. 145 —, etc.). La Ley española de 17 de mayo de 1958 promulgó los “Principios del Movimiento Nacional”, síntesis de los que inspiraban las leyes fundamentales, como *permanentes* e *inalterables*. La Constitución griega de 1952 no solo excluyó para siempre la revisión total de la misma, sino que también sustrajo a perpetuidad la reforma de las disposiciones que configuran a Grecia como una “democracia coronada” y todas las demás disposiciones reputadas como “fundamentales” (con ello, sin embargo, no se evitó el pronunciamiento militar de 1967).

Con mayor frecuencia estos límites sustanciales *permanentes* o prohibiciones absolutas de modificación tienen un ámbito más limitado. Así, todas las Constituciones francesas, desde 1875, prohíben modificar o revisar la forma republicana de gobierno, cláusula que se repite en otros textos políticos, como la Constitución italiana de 1947 (art. 139), la brasileña de 1967, etc. En otras ocasiones ha sido la forma monárquica la declarada irreformable, como ocurre en Marruecos y también las Constituciones griega de 1952, camboyana de 1956 etc. También la Ley Fundamental de Bonn (art. 79.3) considera ilícita toda modificación que afecte “a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios” relativos a la dignidad humana, al Estado de derecho democrático y social, a la soberanía del pueblo y a la división de poderes, consagrando además — art. 19.2 — la inmutabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales.

c) Entre todos los actos que emanan de la voluntad del Estado, la ley ostenta una *superioridad o preeminencia* indiscutidas. Ningún acto del Estado puede ser superior a la ley. Es la primera entre todas las fuentes del Derecho, y por ello prevalece y se impone frente a cualquier otra. BLUNTSCHLI llamó a la ley el “verbo perfecto del Derecho”, y DEL VECCHIO la calificó de “pronunciamiento solemne del Derecho y expresión racional del mismo”, que es “conjuntamente pensamiento y voluntad, porque comprende una determinación lógica y un acto de imperio”.

La tradición británica resume esta primacía jerárquica de la ley en la bien conocida frase atribuida a LOLME, según la cual el legislador (Parlamento) puede hacerlo todo menos convertir a un hombre en mujer y a una mujer en hombre. Y los revolucionarios franceses, tras hablar de la santidad de las leyes y de erigirles un templo, veían en ellas la personificación viviente de la suprema razón fundada en la naturaleza de las cosas, de la misma manera que el rey había supuesto otrora la personificación de un poder investido por Dios.

Hoy, la supremacía de la ley se justifica en la medida en que es *expresión de la voluntad popular*, como indica el Preámbulo de la Constitución, renovando la tradición del *consensus populi* de origen germánico que fue revitalizada por ROUSSEAU y los revolucionarios americanos y franceses. Ahora bien, para expresar esta voluntad, el pueblo se vale de los órganos que tienen atribuida su representación. Por ello, el art. 66 de la Constitución establece que “las Cortes ejercen

la potestad legislativa del Estado" tras afirmar que "representan al pueblo español".

En todo caso, el proceso legislativo canaliza la función soberana de expresar aquella voluntad popular, lo mismo cuando se limita a descubrir o declarar el derecho que preexistía en la conciencia popular (misión destacada especialmente por la Escuela histórica) que cuando lo crea o elabora con gran dosis de discrecionalidad. Ciertamente que todos los actos estatales — políticos, administrativos, jurisdiccionales — crean derecho y pueden encerrar normas jurídicas, pero en todo caso deben actuar dentro de los cauces previamente determinados por la ley y con sujeción a las normas contenidas en la misma, es decir, con sujeción "a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", como se afirma en el art. 9.1 del código político fundamental.

2 — *La Constitución formal: concepto y clases*

A) *Concepto*

Si las normas que regulan el orden jurídico-político fundamental forman, en su conjunto, la Constitución material, la formalización de estas normas en uno o más textos legales, a los que se reconoce rango jerárquico superior, se traduce en la Constitución formal. Aquélla se define por su contenido; ésta, por la técnica jurídica de su elaboración y de su reforma. La Constitución formal es, por tanto, el documento (o documentos) legal elaborado por el órgano que ejerce la potestad constituyente, con arreglo al procedimiento adecuado, que reúne sistemáticamente las normas fundamentales del régimen político.

La Constitución formal se contiene en un instrumento legal o, excepcionalmente en varios, que se suele identificar con la referencia del año de su promulgación — Constituciones de 1876, de 1931, de 1978 — o de un lugar o persona significativos en relación con su origen — Constituciones de Bayona, de Cádiz, de Weimar, de Querétaro, de Bonn, canovista, Estatuto albertino. Su contenido aspira a sistematizar las normas que integran la Constitución material, aunque sin lograrlo nunca, tanto porque no incluye todas las reglas materialmente constitucionales, como porque regula con frecuencia materias derivadas o secundarias alejadas de la órbita fundamental del ordenamiento jurídico.

Por una parte, un buen sector de materias objetivamente constitucionales se contienen en las leyes orgánicas y ordinarias, especialmente en las electorales, en los reglamentos parlamentarios, en los Estatutos de autonomía etc. Por otra parte, son frecuentes los ejemplos de normas de detalle contenidas impropia-mente en las Constituciones formales: la de Cádiz regulaba con profusión las misas solemnes "de Espíritu Santo" y los sermones que en ellas debían pronunciar los eclesiásticos de turno durante el proceso electoral (arts. 47, 71, 86); la india de 1950 prohíbe a los funcionarios recibir honores y regalos de Estados extranjeros (art. 18); la suiza de 1874 se refiere a la matanza de animales y al transporte de combustibles (arts. 25 bis y 26 bis) etc., etc., Deberían evitarse los

textos excesivamente detallistas, que regulan con precisión materias mudables y de detalle, procurando, en cambio, consolidar Constituciones comprensivas, de contenido preciso y abiertas al futuro, huyendo de expresiones retóricas y de promesas utópicas que coadyuvan a su inoperancia.

Entre las definiciones significativas de Constitución formal, destacamos las siguientes:

Para JOVELLANOS, es “el conjunto de leyes fundamentales que fijan los derechos del soberano y sus súbditos, y los medios saludables de preservar unos y otros”.

CARRÉ DE MALBERG la definía como “la ley de organización o régimen estatal para el ejercicio de la soberanía”; BURDEAU, como el “conjunto de normas emanadas del poder constituyente y dictadas según el procedimiento especial previsto para establecer o modificar la Constitución”, y más recientemente — entre los autores franceses — JACQUES CADART escribe que “es el documento escrito que contiene las reglas de derecho que poseen un valor jurídico superior a las demás, normalmente elaborado y siempre revisado según un procedimiento especial”.

Para KARL LOEWENSTEIN, se define como “uno o varios documentos formulados por escrito que, con ilación lógica, fijan las normas más importantes por las que se realiza el proceso de decisión política de una comunidad”.

B) *Constituciones otorgadas, pactadas e impuestas*

Atendiendo a la naturaleza del órgano que tiene atribuido el poder constituyente, se ha generalizado la clasificación de las *Constituciones formales en otorgadas, pactadas e impuestas*, coincidente, por otra parte, con tres momentos históricos sucesivos.

a) Las Constituciones otorgadas responden a una concesión unilateral del soberano o del titular del poder político a favor del pueblo, al que concede determinadas garantías jurídico-políticas, pero prescindiendo de su participación. Aunque, históricamente, estas Constituciones surgieron como consecuencia de las presiones políticas ejercidas sobre el monarca — visibles ya en las *Cartas medievales* — y marcan el tránsito de la *monarquía absoluta* a la *monarquía limitada*, jurídicamente son todavía fruto de la liberalidad del soberano, quien, en el ejercicio de sus facultades, decide autolimitar su poder absoluto por medio de una Constitución. Fueron otorgados algunos textos germánicos posteriores al Congreso de Viena, como las Constituciones de Baden y Baviera (vigente ésta hasta 1919); las promulgadas por Napoleón en los países conquistados con el propósito de institucionalizar el “bonapartismo”, como las que dió en los Países Bajos, en Westfalia, en Nápoles y en España (Constitución de 1808 llamada de Bayona). Asimismo fueron Códigos otorgados, la Carta francesa de 1814, el *Estatuto Real español de 1834*, el *Estatuto albertino italiano de 1848*, las Constituciones monegasca de 1911 y abisinia de 1931 y de hecho, las Leyes Fundamentales del régimen franquista.

b) Las Constituciones pactadas reflejan el periodo de transición entre la soberanía regia y la popular, teorizada por el liberalismo doctrinario. Emanan de un acuerdo entre el monarca o el jefe del Estado y la representación popular expresada en el Parlamento. El peligro de las Constituciones pactadas estriba en la desigualdad que existe entre las partes, que puede convertirlas en unas estipulaciones unilaterales camufladas, como ocurrió con los textos ingleses clásicos y con la Carta francesa de 1830. En España fueron pactadas las Constituciones de 1845 y 1876, decretadas y sancionadas por Isabel II y por Alfonso XII, respectivamente, "en unión y de acuerdo con las Cortes". Otros ejemplos son la francesa de 1791, la de Wurtemberg de 1819, la griega de 1844, la rumana de 1864 y la búlgara de 1879.

c) Finalmente, las Constituciones impuestas se apoyan en el principio de la soberanía nacional, y emanan por tanto de una asamblea constituyente que representa al pueblo. En ocasiones, una vez elaboradas y aprobadas por la asamblea, se someten a referéndum popular para convalidar su legitimidad. No se requirió esta intervención directa del pueblo, por ejemplo, para promulgar las primeras Constituciones de las ex-colonias inglesas de América del Norte, ni para la federal de 1787, las francesas de 1848 y 1875, las españolas de 1812, 1837, 1869 y 1931, y la mayoría de las europeas de la primera postguerra. En cambio se exige el referéndum popular en Suiza, en algunos Estados norteamericanos federados y se aplicó para la aprobación de las Constituciones de Austria de 1920, de Irlanda de 1937, de Francia de 1946 y 1958, de Italia de 1947 y de España de 1978, entre otras.

C) *Constituciones rígidas y flexibles*

El vizconde escocés JAMES BRYCE, autor del primero y uno de los mejores tratados de Derecho constitucional norteamericano, *The American Commonwealth* (1888), clasificó las Constituciones en dos grandes grupos atendiendo al mecanismo de su reforma: rígidas y flexibles. Las flexibles son aquellas que pueden ser revisadas en cualquier momento con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Las rígidas — o firmes — sólo pueden ser revisadas con sujeción a un mecanismo especial que dificulta la reforma, ya sea: 1) porque requiere la intervención de órganos legislativos especiales que actúan a modo de superlegisladores (asamblea constituyente, participación directa del pueblo); 2) porque se prevé un procedimiento legislativo más complejo que el ordinario (mayoría cualificada, votación reiterada, actuación conjunta de ambas cámaras); 3) porque se prohíbe la reforma durante un tiempo determinado (rigidez eventual), o 4) porque se combinan algunas de estas técnicas.

La idea de Constitución flexible es, en la actualidad, muy discutida, y pone en juego el mismo concepto de Constitución formal. Como ley que vincula a todos los Poderes Públicos, resulta difícil admitir su flexibilidad. Lo que ocurre es que pueden existir instituciones políticas que carecen de Constitución formal que las regule, como ocurría en las monarquías absolutas y pasa aun en Gran Bretaña.

Las instituciones políticas británicas, no exentas, por otra parte, de leyes que las regulan, se han ido consolidando a lo largo de una lenta evolución histórica, y el Parlamento las ha ido normalizando mediante leyes ordinarias de contenido materialmente constitucional. Así, por ejemplo, la *Parliamentary Act* de 1949, no obstante su contenido propiamente constitucional, fue votada como cualquier otra ley ordinaria. Y es que, en el Reino Unido, jurídicamente, nada puede prohibir al Parlamento ni siquiera que elimine el sistema parlamentario o que lesione los derechos fundamentales. Las fuerzas que aseguran el fundamento del régimen británico y que canalizan la acción del Parlamento tienen un alcance mucho más sólido y eficaz que las simples técnicas jurídico-formales. Por esta razón, ya TOCQUEVILLE afirmó que Inglaterra carecía de Constitución. Y ello es cierto si se parte del principio jurídico de la primacía de la forma sobre el contenido.

Con este punto de partida no falta quien niegue la posibilidad de que existan Constituciones flexibles propiamente dichas. No obstante, los políticos conservadores — BURKE, DE MAISTRE, DE BONALD — defendieron con ahinco la ausencia de rigidez constitucional, en la medida en que corre el riesgo de convertirse en un instrumento al servicio de la razón o de los intereses políticos que frena la natural evolución de las instituciones. CÁNOVAS DEL CASTILLO, para justificar la flexibilidad de la Constitución de 1876 afirmaba que “no es sino una ley como otra cualquiera que puede interpretarse y aun modificarse por otra ley, porque ninguno más que los atributos de las leyes ordinarias tiene la ley que es hoy Constitución del Estado”.

Ejemplos de Constituciones escritas que eluden toda rigidez, equiparándose formalmente a leyes ordinarias, los ofrecen las españolas de 1834, 1837, 1845 y 1876; las Cartas francesas de 1799, 1814 y 1930; el Estatuto italiano de 1848; las Constituciones rusa de 1918, irlandesa de 1922, neozelandesa de 1852 (aun vigente), entre otras. Los revolucionarios reaccionaron sin embargo contra esta orientación tradicionalista y destacaron, en cambio, la importancia decisiva de la ley que se impone a los Poderes Públicos y que limita la autoridad de los gobernantes y, con este punto de partida, el constitucionalismo contemporáneo defiende la rigidez constitucional en la medida en que: 1) asegura la relativa continuidad de los elementos esenciales del orden jurídico fundamental; 2) representa una garantía del pacto social concluido entre los ciudadanos en el momento de ejercitar el poder constituyente; 3) es una barrera frente a las luchas entre los Partidos y a las divisiones sociales, que frena las consecuencias de la inestabilidad política; 4) contribuye a que las reformas que se planteen sean fruto de una reflexión madura y cuenten con el respaldo del pueblo.

El principio de la rigidez constitucional se impuso en las primeras Constituciones escritas de los diversos Estados norteamericanos a partir de 1776 y en la federal de 1787. En Europa, los textos franceses de 1791, 1793 y 1795 lo acogieron por primera vez y hoy se ha convertido en principio aceptado de una manera general y en ocasiones, como ocurre en la Constitución española de 1978, en grado excesivo.

D) *Constituciones escritas y consuetudinarias*

Las Constituciones formales se concretan en uno o varios textos escritos. En consecuencia, desde una perspectiva técnico-jurídica, no puede hablarse de Constituciones consuetudinarias, sin perjuicio de que, junto al texto formal o positivo, coexista una *praxis* política que no solo lo completa e interpreta, sino que le imprime una orientación característica y explica que textos análogos se vivan de manera muy distinta. La expresión Constitución consuetudinaria se centra en este conjunto de usos y de prácticas consagrados por una vigencia continuada.

Hasta finales del siglo XVIII, si se exceptúan algunos textos aislados como los ingleses de 1215; 1689 y 1701, la organización fundamental del Estado venía dada por la tradición y por los usos, y los teóricos del tradicionalismo político insistieron en la superioridad de las Constituciones consuetudinarias sobre las escritas porque recogen el tesoro acumulado de la experiencia histórica y asimilan de modo progresivo y lento las innovaciones que son positivas para la nación. "La Constitución — decía DE BONALD — es existencia y naturaleza, y no se pueden escribir ni la existencia ni la naturaleza". Pero, a partir del movimiento constitucionalista iniciado a finales del siglo XVIII en América y en Francia se impuso la creencia de que la Constitución presupone un contenido racional respaldado por la voluntad de los ciudadanos — "un esfuerzo reflexivo y constructivo del pensamiento" (BURDEAU) — que solamente puede hallar expresión en un texto escrito que recoja de modo permanente y objetivo el orden jurídico fundamental.

Las Constituciones escritas son, por tanto, el resultado de la racionalización del Derecho y del Estado, que presupone, como afirmaba HELLER, dos procesos distintos: uno de análisis de la realidad social y de las situaciones de hecho que la misma ofrece con carácter de generalidad para deducir los preceptos jurídicos que la rigen, y un segundo proceso de sistematización u ordenación lógica de aquellos preceptos jurídicos obtenidos por análisis, en un sistema unitario y congruente de reglas de Derecho.

Y así, desde las revoluciones que sirven de pórtico a la Edad Contemporánea, se impusieron los textos escritos de Derecho constitucional positivo, a modo de cuerpos legales codificados, dotados de especial jerarquía y solemnidad frente a las demás fuentes del Derecho.

Ahora bien, junto a estas leyes constitucionales escritas sigue operando la *praxis* que las interpreta, completa y que incluso puede contradecirlas, no siempre con el propósito de falsearlas. Este fenómeno es visible en los sistemas comunistas y en los países jóvenes en vías de desarrollo, en unos por la presión de los principios revolucionarios y en otros por la inadaptación del texto escrito al orden preexistente.

En la actualidad no puede admitirse la existencia de Constituciones exclusivamente consuetudinarias, pues aun en los países en que la vida política se

rige por usos, prácticas y precedentes, existen numerosos textos fundamentales. El ejemplo típico lo ofrece el Reino Unido, cuya Constitución material es fruto de una larga evolución, contando sin embargo con una larga serie de leyes escritas de rango constitucional, desde la Carta Magna de 1215 a las modernas leyes parlamentarias de 1911 y 1949, aunque ninguna de ellas esté dotada de rigidez formal.

Las Constituciones formales son, en la época actual, rígidas por vocación y escritas por esencia. Son excepcionales las flexibles e inexistentes las consuetudinarias. Solo las escritas, aunque vitalizadas por usos y prácticas, pueden asumir una función política estabilizadora y asegurar el ordenamiento jurídico de la realidad política. Con este propósito, las Constituciones escritas han servido de poderosa arma a los siguientes movimientos políticos: primero a la corriente unificadora de las monarquías modernas frente al pluralismo desintegrador de la Edad Media, después a la tendencia liberal burguesa en lucha con el absolutismo y, en fin, a la ideología de base democrática orientada a asegurar un orden social y económico justo.

En términos precisos no cabe, por tanto, hablar de costumbres constitucionales como genuinas fuentes del Derecho. Existen, eso sí, unos usos y prácticas de naturaleza política, en los que concurren incluso las notas de repetición, de constancia, de aceptación (consensus) y de precisión, pero carecen en cambio de las garantías de coercibilidad y de obligatoriedad esenciales a las normas jurídicas. Tales usos cumplen una esencial función de integración, de adaptación y de interpretación, pero, por un lado, pueden ser derogados o modificados en cualquier momento por el Poder Legislativo ordinario y, por otro — como decía DICEY —, no son ni reconocidos ni aplicados por los Tribunales.

La existencia de estas prácticas, convenciones o usos es perfectamente compatible con la vigencia de las Constituciones escritas, y no puede negarse que encierran el germen de un derecho en gestación, aun no formalizado, con gran potencialidad creadora. En ellos se encuentra el origen de numerosas instituciones y mecanismos que han adquirido fuerza jurídico-constitucional, como la colegialidad del gobierno, la responsabilidad política, la presidencia del Consejo de Ministros, la práctica de los decretos-leyes etc. Pero, en todo caso, constituyen un área no jurídica, al margen del orden racionalizado por la Constitución escrita. Tienen gran valor político para llenar vacíos legislativos y para adecuar el ordenamiento legal a los supuestos imprevistos que depara la dinámica político-social, pero operan únicamente *praeter* (o *extra*) *legem* y *secundum* (o *propter*) *legem*; en ningún caso *contra legem*, pues las frecuentes prácticas anti-jurídicas — comunes en todas las ramas del Derecho — no pueden integrarse en el ordenamiento jurídico fundamental porque no son sino violaciones de la Constitución, independientemente de sus posibilidades de transformarse en futuras normas jurídicas. El Derecho puede nacer de la violación del Derecho.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de estas prácticas constitucionales designadas con una pluralidad de expresiones: *conventions of the Constitution*

(Gran Bretaña), *usages of the Constitution* (Estados Unidos), normas de cortesía constitucional (Italia) etc. No falta quien les asigne un fundamento jurídico que las aproxima a las costumbres, sobretudo entre los autores franceses (CHEVALLIER, BURDEAU, PRÉLOT, CADART), siguiendo el criterio de HAURIOU, que las consideraba como normas sancionadas por la opinión de los círculos competentes que participan en el juego constitucional. Para JENNINGS son "la carne que recubre el hueso seco de la ley". Y el propio GARCÍA-Pelayo entiende que son una "creación social del Derecho, del poder normativo de lo fáctico; son normas coactivas, no porque sean jurídicas, sino porque son esenciales a la estructura constitucional, y porque su cumplimiento puede ser exigido por órganos concretos". Excepcionalmente, R. CAPITANT — y en una línea próxima LÉVY y CHANTEBOUT — reconocen incluso valor jurídico a los usos constitucionales *contra legem*.

Admitimos incluso que la ley constitucional, sin estas prácticas, quedaría desprovista de un apoyo vitalizador esencial (*leges sine moribus vanae proficiunt*), pero, en todo caso, los usos constitucionales carecen de la intención jurídica esencial a las fuentes del Derecho, incluida la costumbre. La costumbre crea Derecho sin la intervención de los órganos estatales: es el consentimiento tácito del pueblo inveterado por el largo uso (ULPIANO). Frente a ella, los usos constitucionales, ni siempre reciben una confirmación temporalmente continuada, ni reúnen de modo obligatorio los requisitos de la generalidad (pueden surgir de una situación concreta o particularizada) o del arraigo social (pueden desaparecer sin dejar rastro). De ahí que, con buen criterio, la doctrina italiana dominante subraye su carácter esencialmente político, huérfano de la convicción de ser Derecho propiamente dicho.

3 — *Las Constituciones escritas*

A) *Constituciones codificadas y fragmentadas*

Las Constituciones escritas pueden ser codificadas o únicas — formuladas en un solo documento sistemáticamente articulado — y fragmentadas o dispersas — si se contienen en varios textos distintos, de promulgación simultánea o sucesiva, dotados de rango constitucional. Las ventajas que resultan de la sistemática, de la congruencia y de la integración de los preceptos constitucionales aconsejan las Constituciones únicas. Sin embargo, son numerosos los ejemplos de Constituciones fragmentadas. Prescindiendo de los casos especiales del Reino Unido, con sus variados textos fundamentales, y de los Estados Unidos, con un sistema de *Enmiendas* añadidas sucesivamente a la Constitución de 1787, son típicos los siguientes ejemplos:

a) Suécia, donde el *Instrumento de Gobierno* de 1809, se completaba con las leyes orgánicas del Parlamento (de 1866, 1900, 1921, 1949 y 1970), de Prensa (1949) y de Sucesión (1810). La actual Constitución de 1974 refunde las primeras, pero mantiene separada esta última con rango constitucional. También

Dinamarca, Japón y Tailandia conservan sus respectivas leyes de sucesión independientes de la Constitución, aunque con idéntico rango.

b) Finlandia cuenta, al lado de su Constitución de 1917, con una Ley Orgánica del Parlamento (de 1928), lo mismo que Nueva Zelanda y Sri Lanka.

c) Otros países tienen codificada la parte orgánica de la Constitución y dispersa la dogmática. Así, la francesa de la III República constaba de tres Leyes constitucionales, sobre el Senado, sobre la organización de los Poderes Públicos y sobre las relaciones entre éstos. Y la de la IV República, de 1946, limitaba la parte dogmática al Preámbulo, cuya vigencia se reitera en la de la V República, de 1958, sin pasar al articulado. Asimismo, la austríaca de 1920 y la finlandesa de 1928, únicas que sobreviven entre las europeas de la primera postguerra, se contraen a la parte orgánica, manteniendo dispersos los preceptos restantes. De ahí la tendencia a considerarlas Constituciones *atípicas*, pues sólo cumplen con uno de los requisitos exigidos por el art. 16 de la Declaración francesa de 1879: la división de poderes, prescindiendo de la declaración de derechos.

d) Uno de los ejemplos más significativos de Constitución fragmentada lo ofrecen las siete *Leyes Fundamentales* del régimen franquista, promulgadas entre 1938 y 1967. Es significativa la denominación "leyes fundamentales", utilizada ya en el siglo XV, que se adoptó para alejar la carga ideológica de la palabra Constitución, incompatible con los postulados de la concentración y la personalización del poder. También se ha destacado el carácter de provisionalidad que encierra la denominación "ley fundamental", especialmente en relación con el texto alemán de Bonn, frente a la vocación de permanencia de las Constituciones.

En el siglo XIX, el Proyecto constitucional de BRAVO MURILLO de 1852 comprendía una ley fundamental (Constitución) y ocho orgánicas, "cuyo conjunto ha de componer lo más esencial de las instituciones políticas del Reino, formando un todo cuyas partes se hallan de tal modo enlazadas entre sí, que no podrá acaso alterarse una de ellas sin desconcertar todo el sistema". Igualmente, el texto no promulgado de 1856 mantenía el carácter fragmentado de la Constitución en su art. 92, al establecer que "son parte integrante de la Constitución, considerándose para su reforma y todos sus efectos como artículos constitucionales, las bases de las leyes orgánicas siguientes: 1ª) La Ley electoral. 2ª) La de relaciones entre los Cuerpos Colegisladores. 3ª) La del Consejo de Estado. 4ª) La de gobierno y administración provincial y municipal. 5ª) La de organización de los tribunales. 6ª) La de milicia nacional".

Las Constituciones escritas suelen clasificarse también en breves y extensas, aunque la presencia en ellas de artículos subdivididos en párrafos o apartados, aconseja no apoyarse exclusivamente en el número de aquéllos para enjuiciar la extensión o brevedad de una Constitución. Como ejemplo de Constituciones breves se cuentan, entre las españolas, el Estatuto de 1834 (50 artículos), el Proyecto de 1836 (55 arts.) y las de 1837 (77 arts.), 1845 (80 arts.) y 1976 (89

arts.), y, entre las extranjeras, destacamos las siguientes que no alcanzan los 100 artículos: de Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Islandia, Mónaco, Filipinas, Indonesia, Laos, Nueva Zelanda, Sri Lanka, Tailandia etc.

Y, entre las más extensas, la española de 1812, con 384 artículos, la india de 1950, con 393 y la yugoeslava de 1974, con 406.

La Constitución de 1978, con sus 169 artículos (algunos divididos en extensos apartados, como los 148, 149 y 151), más cuatro disposiciones adicionales, nueve transitorias, una derogatoria y una final, es la más extensa de las españolas, después de la de 1812. Las leyes fundamentales franquistas sumaban, en junto, 268 artículos.

B) Estructura y contenido

Las Constituciones codificadas responden generalmente a un esquema que, con las consiguientes variantes, consta de las siguientes partes:

a) El *Preámbulo*, que precede al articulado a modo de introducción solemne, resume las grandes decisiones y los grandes principios políticos que informan el texto constitucional. Suele invocar el sujeto del poder constituyente, así como los valores de la justicia, la libertad, la igualdad, el bien común etc. Se ha discutido el valor jurídico de los preámbulos, que consideramos debe ser reconocido en base a tener su origen en la voluntad del órgano constituyente.

En la Constitución francesa de 1958 el preámbulo contiene todo su fundamento dogmático, en la medida en que mantiene la vigencia de los derechos del hombre y del principio de la soberanía nacional, tal como fueron definidos en la Declaración de 1789 y completados por el Preámbulo de la Constitución de 1946 cuya vigencia se mantiene.

El lenguaje declarativo y programático propio de los textos constitucionales se acentúa en los preámbulos de las Constituciones. PREDIERI habla a este respecto de la "polivalencia semiológica de las palabras y las locuciones usadas" y de un "sistema lingüístico de valores" que permite una gran ductilidad. Piénsese en la evolución y adaptación del alcance conceptual y jurídico de conceptos como los de "propiedad", "mercado", "orden público", "participación", "intervención", y tantos otros que ponen en evidencia la elasticidad — espacial y temporal — de las Constituciones.

A este respecto, es significativo el Preámbulo de la Constitución norteamericana de 1787: "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, afianzar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad, promulgamos y sancionamos esta Constitución."

La Constitución de 1978 inicia su Preámbulo con estas palabras significativas: "La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, procla-

ma su voluntad de"... y enumera seguidamente las seis grandes decisiones que soportan el sistema político.

b) La parte *preliminar* o *introdutoria* del articulado se centra, básicamente, en la concreción del régimen político o de la forma de Estado, en los principios que lo informan, el sistema de gobierno y los símbolos representativos fundamentales. Con esta orientación, la Constitución española recoge, como punto de partida, la fórmula del Estado social y democrático de Derecho y el principio de la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 1.1 y 9.1), con visible influjo de la Ley Fundamental de Bonn (arts. 20, 23 y 28). Propugna, como valores superiores de ese ordenamiento: la libertad y la igualdad — "reales y efectivas" —, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (arts. 1.1 y 9.2); afirma el principio de la soberanía nacional y el de la indisoluble unidad de la Nación española junto al derecho a la autonomía y nacionalidades que la integran (arts. 1.2 y 2), y define la forma política como una Monarquía parlamentaria (art. 1.3). Particular característica de la Constitución de 1978 es la referencia, en su título preliminar, a los partidos políticos, a los sindicatos y asociaciones empresariales y a las fuerzas armadas, destacando así la importancia que corresponde a estas instituciones en el marco del Estado moderno (arts. 6, 7 y 8).

c) Completa la parte dogmática la regulación de los *derechos y deberes fundamentales* y de sus garantías. Estas declaraciones nacieron como textos separados, de los que son ejemplo — salvando los precedentes medievales — los de Filadelfia (1774), de Virginia (1776) y de los restantes Estados norteamericanos emancipados, la francesa (1789) incorporada luego en la Constitución de 1971 etc. Actualmente, tiene cada vez más adeptos la tendencia a sustituir esta parte dogmática de la Constitución por una remisión a los textos internacionales, es decir, a la Declaración Internacional adoptada por la ONU en 1946 y, muy especialmente al Convenio Europeo de los Derechos del Hombre de 1950 y a la Carta Social Europea de 1961, con lo cual no solamente se supera un escollo polémico, sino que se contribuye eficazmente a la internacionalización de los Derechos del hombre, lograda ya en los países miembros del Consejo de Europa.

Lejos de esta opción, la Constitución española dedica el más extenso de sus títulos, el primero, subdividido en cinco capítulos (arts. 10 al 55) a los derechos y deberes fundamentales y a sus garantías, incluyendo los llamados "principios rectores de la política social y económica", que deben inspirar la acción de los Poderes Públicos, pero que no son alegables directamente ante los Tribunales de justicia (art. 53.3), razón por la cual forman lo que PECES-BARBA ha denominado el "elemento utópico" de la Constitución. Numerosos textos contienen esta parte programática y ambigua (Constituciones portuguesas de 1976 y 1982, griega de 1975, búlgara de 1971), pero en todo caso conviene separarla de los derechos y libertades propiamente jurídicos que, como tales, vinculan a todos los Poderes Públicos y son directamente tutelables por los Tribunales (arts. 53 de la Constitución española, 1 y 19 de la alemana de Bonn).

Por otra parte, la Constitución de 1978, a efectos interpretativos apela a la autoridad de la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y

acuerdos internacionales sobre derechos y libertades ratificados por España (arts. 10.2 y 39.4).

d) La parte *orgánica*, que regula la estructura, atribuciones, habilitaciones, funcionamiento y relaciones de las instituciones constitucionales, constituye el núcleo de los códigos políticos. En ocasiones, el articulado de las Constituciones se agota en su parte orgánica, como ocurre en Francia, Austria y Finlandia.

En lo relativo a las instituciones estatales, la estructura de las Constituciones democráticas se adapta al modelo tradicional de los tres Poderes, aunque con sustanciales variantes que, en la Constitución española, responden al sistema monárquico parlamentario. Se explica así que la primera institución que se regula (Título II) es la Corona, pues "el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia", titular del poder arbitral y moderador (en las anteriores Constituciones monárquicas, la regulación de las Cortes precedía a la Corona). Las Cortes permanecen como soberanas en el ámbito legislativo y de control del Gobierno, aunque con las limitaciones derivadas del reforzamiento del Poder Ejecutivo y, especialmente, de su Presidente.

Especial atención se presta, sobre todo en los Estados federales, regionales o autonómicos, a la estructura territorial, primero a nivel de los tradicionales municipios y provincias, y, en la Constitución de 1978 — con el precedente de la republicana de 1931 —, al ámbito de las Comunidades autónomas de alcance nacional o regional.

e) Por último, las Constituciones acostumbran a concluir con las disposiciones o cláusulas denominadas *adicionales*, *transitorias*, *derogatoria* y *finales*, que contienen normas sobre la problemática de la entrada en vigor del texto constitucional, en relación con el derecho anterior.

C) La Constitución española de 1978

La Constitución española aprobada por las Cortes el día 31 de octubre de 1978, referendada por el pueblo el 6 de diciembre siguiente y sancionada por el Rey el 27 del mismo mes, responde a las líneas del constitucionalismo moderno nacido en Europa con la Constitución alemana de 1919 y generalizado especialmente tras la última guerra mundial a través de textos que han sido fruto de un pacto político entre las grandes corrientes ideológicas, visible en las Constituciones francesas de 1946 y 1958, italiana de 1947 y alemana de 1949, entre otras.

La Constitución de 1978 es un texto codificado, de estructura *rígida*, que consta de un Preámbulo, 169 artículos distribuidos en once títulos (uno de ellos preliminar); cuatro disposiciones adicionales, nueve transitorias, una derogatoria y una final. Se trata, por tanto, de un texto relativamente extenso — sobre todo si se tiene en cuenta la densidad de algunos de sus artículos —, detallado y detallista, cuya presentación formal ofrece muchos puntos críticos.

La parte dogmática de la Constitución española se encuentra básicamente en el Título preliminar (arts. 1 al 9), relativo al soporte ideológico (complementado con el Preámbulo) y a la organización socio-política del Estado; en el Título I, sobre los derechos y deberes fundamentales (arts. 10 a 55), y en el Título VII sobre "Economía y Hacienda" (arts. 128 a 136).

La parte orgánica se contiene en los siguientes Títulos: II, de la Corona; III, de las Cortes Generales; IV, del Gobierno y de la Administración; V, de las Relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales; VI, del Poder Judicial; VIII, de la Organización Territorial del Estado, y IX, del Tribunal Constitucional.

El Título X, sobre la reforma constitucional (arts. 166 a 169), cierra el articulado, sucedido de las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y final.

La sistemática de la Constitución ofrece ciertas deficiencias. JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA destaca, como más importante: *a)* el Tit. VIII, relativo a la organización territorial, o al menos parte de él, debería preceder a la regulación de los poderes del Estado, como en 1931; *b)* la regulación de las Comunidades autónomas en el interior del Título VIII, en relación con el 2 y con las disposiciones transitorias, es confusa y desordenada; *c)* el Título I, además de excesivamente amplio, carece de una sistemática rigurosa y no recoge algunos derechos regulados fuera del mismo (audiencia a los ciudadanos, acceso a los archivos y registros, indemnización por errores judiciales o por el funcionamiento de servicios públicos); *d)* el Título V, relativo a las relaciones entre el Gobierno y las Cortes, prescinde de lo relativo a la elaboración de leyes, al proceso de formación del Gobierno, a las Comisiones de investigación; y regula, en cambio, los estados de excepción, difícilmente encuadrables en este lugar; *e)* algunos artículos se ofrecen desordenados, como consecuencia de haber adoptado preceptos de otras Constituciones, sin cuidar de integrarlos a una ordenación jurídica de nuevo cuño, como ocurre con el art. 9.

En conclusión, no solamente no se encuentran en la Constitución de 1978 innovaciones como las que se descubren en las de 1812, 1869 y 1931, sino que refleja una ausencia casi total de principios creativos en orden a la nueva dimensión de la sociedad política. *Imprecisión, falta de originalidad y excesiva extensión* (más de 17.000 palabras), son posiblemente los caracteres formales que definen negativamente la Constitución de 1978.

En la Constitución de 1978 se descubre fácilmente el impacto de las anteriores Constituciones españolas y de varios textos políticos europeos de la postguerra.

Entre las primeras deben mencionarse: *a)* en primer lugar y muy especialmente, la Constitución republicana de 1931, con visible influencia en numerosos preceptos, sobre todo en lo relativo a la estructura autonómica del Estado, a la formulación de algunos derechos fundamentales, y a ciertas instituciones como el Tribunal Constitucional, el jurado, la Diputación permanente de las

Cámaras, etc.; *b*) las Constituciones monárquicas que se sucedieron desde 1812 a 1876 — especialmente esta última —, cuya incidencia en la regulación de la Corona es evidente (sucesión en el trono, atribuciones del Rey); y *c*) las *Leyes Fundamentales* franquistas, esporádicamente, influyeron en el art. 8, que constitucionaliza las fuerzas armadas en términos análogos a los de la Ley Orgánica de 1967, y en otras disposiciones relativas a los decretos-leyes, la Administración, etc.

Las Constituciones extranjeras que más han condicionado la española de 1978 han sido: *a*) La *Ley Fundamental de Bonn* de 1949, sobre todo en lo relativo a la formulación del Estado social y democrático de Derecho, al principio de legalidad, a la inviolabilidad de los derechos inherentes a la dignidad de la persona y al reforzamiento del Poder Ejecutivo y de su Presidente (investidura, moción de censura constructiva etc.); *b*) La Constitución italiana de 1947, no sólo en la configuración del Estado autonómico, inspirado en gran parte por el regional italiano, sino también en la afirmación de la democracia progresista definida en el art. 9.2 (copiado del art. 3.2 del texto italiano) y en determinadas normas relativas al proceso legislativo y al Poder Judicial; *c*) Las Constituciones de las monarquías europeas, especialmente la sueca de 1974 (posibilidad de que el Monarca asiste a los Consejos de Ministros, intervención del Presidente de la Cámara baja en el nombramiento del Presidente del Gobierno, institución del Defensor del Pueblo); *d*) La Constitución portuguesa — ya derogada — de 1976, en la formulación de los principios rectores de la política social y económica; *e*) La Constitución francesa de 1958, aunque en menor medida, tiene eco en la regulación de la legislación delegada, de la moción de investidura, de la función arbitral del Jefe del Estado y de la figura jurídica de las leyes orgánicas.

Sin embargo, como dato positivo, no debe olvidarse que la Constitución de 1978 culminó un proceso político inédito, original e imprevisible. Y, sin desconocer la parquedad de sus aportaciones originales y sus deficiencias estilísticas, merecen ser destacadas, como más importantes, las siguientes innovaciones genuinas: *a*) la constitucionalización en lugar preferente (Título preliminar) del pluralismo político y de las instituciones que lo expresan (partidos, sindicatos y asociaciones empresariales), así como de las fuerzas armadas; *b*) el carácter *inacabado* de la propia Constitución, expresado en los constantes reenvíos a futuras leyes (orgánicas y ordinarias) que deberán desarrollar las materias más conflictivas, y en el imprevisto proceso de consolidación del Estado de las autonomías; *c*) la regulación de un original sistema de garantías de los derechos y libertades a tres niveles (art. 53), así como de su suspensión previendo incluso supuestos de terrorismo (art. 55); *d*) la constitucionalización de la palabra *nacionalidades* (art. 2) compatibilizada con la "indisoluble unidad de la Nación española"; *e*) la regulación de la problemática planteada por el Derecho internacional en orden a la protección de los derechos y libertades (art. 10.2) y a la validez y rango de los tratados (art. 96); y *f*) la fijación de criterios de equidad y eficiencia en materia financiera, especialmente en relación con el gasto público (art. 31 y Título VII).