

CAPÍTULO SEGUNDO

HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIO- NAL, O DE LA HISTORIA DE LA LUCHA POR EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y SU EFICACIA

63

I. Sobre la aparición del Estado constitucional y sus presu- puestos

63

II. La eficacia de la teoría democrática del *Pouvoir Constituant* como presupuesto de la consolidación del Estado constitucio- nal: el modelo estadounidense

90

III. Problemas para la consolidación del Estado constitucional en la Europa liberal: la confrontación entre principio democráti- co y principio monárquico

109

1. La confusión de Sieyès: la teoría democrática del Poder Constituyente y la afirmación de la soberanía del Parla- mento

112

2. La época de la llamada *Restauración* y la vuelta a los es- quemas políticos del antiguo régimen

119

3. Las Constituciones del liberalismo doctrinario: la confu- sión Poder Constituyente-Poderes constituidos y la crea- ción de un constitucionalismo ficticio

121

IV. El definitivo triunfo del constitucionalismo en Europa: el Estado constitucional democrático y social

128

CAPÍTULO SEGUNDO

HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, O DE LA HISTORIA DE LA LUCHA POR EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y SU EFICACIA

I. SOBRE LA APARICIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SUS PRESUPUESTOS

El momento en que se encuentra el origen histórico del constitucionalismo moderno ha sido una cuestión harto debatida en la doctrina. De lo que se trata en última instancia es determinar si el concepto de Constitución es una idea casi tan antigua como la propia agrupación de los hombres en comunidades políticamente organizadas o si, por el contrario, nos encontramos ante una idea moderna, cuya existencia y realidad histórica arranca de los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses americano y francés de finales del siglo XVIII, y de la que se deriva una nueva forma de organización de la vida política de las organizaciones estatales: el Estado constitucional.

En el fondo, lo que subyace en esta cuestión es el propio concepto de Constitución. En efecto, si por Constitución entendemos, desde una perspectiva muy amplia, aquel documento o instrumento de gobierno cuya finalidad era la de proceder a la organización de los Poderes del Estado, no hay inconveniente en afirmar que el origen de la Constitución es tan antiguo como la propia agrupación de los hombres en colectividades políticamente organizadas. Fueron ya autores como Jellinek¹⁷⁶ y Heller,¹⁷⁷ quienes pusieron de manifiesto que entendida de esta manera, no cabe duda de que todo Estado, o, mejor aún, toda colectividad humana políticamente organizada, ha de contar con su Constitución. La razón es fácilmente com-

¹⁷⁶ Cfr. Jellinek, G., *Teoría general...*, cit., nota 95, p. 381.

¹⁷⁷ Cfr. Heller, H., *Teoría general...*, cit., nota 6, p. 289.

previsible. Lo que sucede es que si se renunciase a la organización previa de los poderes de la colectividad y los modos en que éstos van a decidir, aquella reunión de hombres se encontraría en la más absoluta de las anarquías.

Si se acepta este sentido amplio de la Constitución, es decir, como mero documento de gobierno, no les faltaría razón a quienes como Pocock,¹⁷⁸ Wormuth¹⁷⁹ y, aunque referido únicamente a Gran Bretaña, Jennings,¹⁸⁰ entienden que el origen histórico de la Constitución y del Estado constitucional debe situarse en el mundo clásico y medieval. No puede olvidarse, en este sentido, que ha sido muy frecuente en la doctrina anglosajona la afirmación de que existe una auténtica solución de continuidad histórica entre los principios que inspiran el, por ellos denominado, “constitucionalismo antiguo”, vigente en el mundo clásico y medieval, y la idea esencial sobre la que se fundamenta el concepto actual de Constitución: la limitación de la voluntad de los gobernantes por la ley.

Singular representante de este pensamiento es Charles Howard McIlwain y su célebre *Constitutionalism, ancient and modern*.¹⁸¹ En ella, el autor no duda en afirmar que el nacimiento de las Constituciones, y del constitucionalismo moderno, se produjo en el mundo clásico. Más concretamente, entiendo McIlwain que ya en las obras de *De republica* y *De legibus* de Cicerón¹⁸² podemos encontrar el concepto moderno de Constitución.¹⁸³

¹⁷⁸ Pocock, J. G. A., *Ancient Constitution and the Feudal Law. A Reissue with a Retrospect*, Cambridge, 1987.

¹⁷⁹ Wormuth, F., *The Origins of the Modern Constitution*, Nueva York, 1949.

¹⁸⁰ Cfr. Jennings, I., *El régimen político de la Gran Bretaña*, Madrid, 1961, especialmente los capítulos I: “La Constitución no escrita”, y II: “La tradición histórica”, pp. 11-38.

¹⁸¹ McIlwain, C. H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, 1991.

¹⁸² Recogidas hoy en Cicerón, *Sobre la República. Sobre las leyes*, Madrid, 1986. Las citas a que se refiere McIlwain, como fundamento de su afirmación, se contienen en *Sobre la República*, libro I, 45, 69, donde utiliza el término “Constitución” como sinónimo de forma de organización del poder en las distintas formas de gobierno, así, dirá que “Esta constitución [de la República] ante todo tiene una cierta igualdad, de la que a duras penas pueden carecer durante mucho tiempo los pueblos libres, y en segundo lugar estabilidad, puesto que las tres primeras formas indicadas fácilmente degeneran en vicios contrarios... esto en cambio en esta constitución armónica y sabiamente templada no sucede, a no ser por grandes vicios de los gobernantes. No hay motivo de revolución en un gobierno en que cada uno ocupa firmemente el puesto que le corresponde y no hay ningún grado inferior en que pueda venir a caer” (pp. 46 y 47). En el Libro II, 21, 37 de la misma obra, Cicerón parece dar validez al que, con García-Pelayo, M. (cfr. “Constitución y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 92, pp. 66-73), podemos denominar “concepto histórico-tradicional de Constitución”, así parece, en todo caso, deducirse

Afirmación a la que McIlwain llega tras comprobar que efectivamente, tanto en Grecia y Roma como en el medioevo se verifican algunos supuestos que pudieran considerarse como precedentes de los elementos definidores del llamado “constitucionalismo moderno”. Entre ellos, merece especial atención el que, para McIlwain, se erige en el “rasgo característico más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo”¹⁸⁴ y que a la postre, se configura como la esencia misma del constitucionalismo, al permitir su distinción con el gobierno arbitrario y despótico, basado en el capricho de la voluntad del gobernante. Nos referimos, claro está, a la limitación jurídica del gobierno.

Es verdad, y nadie puede negarlo, que esta idea ha sido desde siempre, uno de los centros nucleares de la teoría política. Podemos decir sin error, que ya desde la Grecia clásica se mantuvo la creencia de que la esencia del buen gobierno radicaba justamente en el dato de que se reconociese a la ley como soberana y que por ello, el gobernante debía sujetar su acción a los mandatos de la misma. En efecto, uno de los principios basilares de la organización de la *polis* era, como escribe Sabine, la creencia de que en “el Estado libre, la ley y no el gobernante es soberana, y la ley merece el respeto del ciudadano, aunque en algún caso particular lesione sus intereses. La Libertad y el imperio de la ley son dos aspectos complementarios del buen gobierno”.¹⁸⁵

Ahora bien, si esto es así en el ámbito del pensamiento político, lo que ya no parece tan evidente es que, como sostiene McIlwain, el principio de la limitación jurídica del gobierno sea la parte más antigua del “constitucionalismo”, que ha gozado además de una auténtica vigencia y realidad

cuando Cicerón pone en boca de Lelio la afirmación de que “Esto confirma más y más la sentencia de Catón, que la constitución del Estado romano no podía ser obra ni de un solo hombre, ni de una sola época” (p. 65). Finalmente, McIlwain se refiere también a *Sobre las leyes* (Libro III, 12, 28, pp. 221-232), para intentar demostrar que el principio democrático se encontraba ya, sin duda alguna, en la obra de Cicerón; lo que cree encontrar en la afirmación de Marco de que “Así es en efecto, si el senado es el señor de la pública deliberación, todos deben defender lo que él apruebe, y si los demás ordenes quieren que la República se gobierne con el consejo de primer orden, es posible, por medio del equilibrio del derecho, residiendo la potestad en el pueblo y la autoridad en el senado, mantenerse en aquella constitución moderada y concorde del Estado” (p. 232).

¹⁸³ Cfr. McIlwain, C. H., *Constitucionalismo...*, cit., nota 181, *passim*, especialmente pp. 43 y ss.; 64 y ss.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 37.

¹⁸⁵ Sabine, G., *Historia de la teoría política*, 14a. ed., México-Madrid-Buenos Aires, 1985, p. 26; véanse también, pp. 79-89.

histórica en todas sus fases sucesivas. La única diferencia que a este respecto cabe encontrar entre el antiguo y el moderno es, en opinión de este autor, la de que en este último “se ha añadido la expansión de la responsabilidad a través de la consecución de la iniciativa en las materias discrecionales de la política nacional de los representantes del pueblo”.¹⁸⁶ Y lo mismo podría afirmarse, es seguro, del resto de los supuestos que se consideran precedentes de los elementos definidores del constitucionalismo moderno.

No podemos detenernos en un análisis exhaustivo y pormenorizado de los antecedentes de los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional que aparecieron ya en el mundo clásico y medieval. Pretenderlo siquiera, desbordaría, como es obvio, los límites y objetivos de este trabajo. Interesa, no obstante, dejar aquí constancia de que aunque los mismos tuvieran lugar, no parece que pueda hablarse de un modo riguroso de la existencia de un verdadero constitucionalismo en aquél momento histórico.

Para empezar, ocurre que la misma idea de democracia con la que se actuaba entonces era bien distinta a la que opera en el mundo moderno y contemporáneo, y que se erige en el incontrovertido fundamento del edificio constitucional. Es menester recordar a este respecto que en la medida en que no se ha llevado a cabo la desacralización de la vida pública, lo que el mundo clásico y medieval conocieron fue una situación política en la que, frente a la moderna idea del pueblo soberano, se alzaba la noción de un ente político comprendido, como ha indicado Felice Battaglia,¹⁸⁷ como una comunidad política divinizada, respecto de la cual los individuos carecen de cualquier derecho, y en la cual el pueblo se presenta no como una realidad histórica y viviente, sino como una mera entelequia metafísica a la que, como auténtico mito, luego apelarán también todos los totalitarismos modernos. Las consecuencias de todo ello no podrían ser más claras. Y ha sido De Vega quien, con meridiana claridad y total acierto, las ha puesto recientemente de manifiesto. Advierte el maestro que tanto en Grecia y Roma como en la época medieval, la democracia no podía ser explicada desde la idea de libertad ya que, al proceder a la mistificación y divinización de la comunidad política, lo que sucede es:

¹⁸⁶ McIlwain, C. H., *Constitucionalismo...*, cit., nota 181, p. 37.

¹⁸⁷ Cfr., a este respecto, Battaglia, F., “El Estado y la moral”, *Estudios de teoría del Estado*, Madrid, 1966, pp. 17-37.

Que no era de la voluntad democrática del pueblo de la que dependía el destino de las *polis* griegas o de la *civitas* romana, sino que era de las voluntades misteriosas de las *polis* o de la *civitas*, concebidas como auténticas divinidades, de las que dependía la voluntad del pueblo. Y aunque los juristas romanos llegaran a considerar la voluntad del pueblo como la última fuente de la autoridad (*populus imperium et potestatem conferat*, escribió Ulpiano), es lo cierto que esa voluntad quedaba siempre encerrada y cautiva en la voluntad misteriosa y divina del ente político.¹⁸⁸

Porque esto es así, nos encontramos con que los antecedentes clásicos y medievales de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, aunque ciertamente importantes y dignos de todo elogio, no dejaron de ser meras formulaciones teóricas y, en todo caso, supuestos aislados, que como veremos, únicamente cobrarán auténtica entidad y realidad histórica mucho tiempo después. Más concretamente, habrá de esperarse hasta los siglos XVII y, de manera fundamental, XVIII para que esto se verifique.

Así las cosas, obligado resulta el descartar la concepción amplia de Constitución, y con ella, la idea del constitucionalismo como un fenómeno tan antiguo como la propia agrupación de los hombres en comunidades políticas, para actuar con el concepto estricto y técnico de Constitución. Si se hace esto, la determinación del momento histórico en que surge en Estado constitucional cambia, y además, de forma radical. Es desde esta segunda óptica desde donde resulta una idea generalmente admitida la de la modernidad de los conceptos de “Constitución” y “constitucionalismo”.¹⁸⁹ En efecto, ocurre que, como entre otros ha puesto de manifiesto Pedro de Vega,¹⁹⁰ aunque es verdad que en el mundo medieval, y de manera principal

¹⁸⁸ Vega, P. de, “La democracia como proceso...”, *op. cit.*, nota 144, p. 467.

¹⁸⁹ *Cfr.* a este respecto y por todos, Schmitt, C., *Teoría..., cit.*, nota 39, pp. 59 y ss.; pp. 70 y ss.; Heller, H., *Teoría..., cit.*, nota 6, pp. 289 y ss.; Stern, K., *Derecho del Estado..., op. cit.*, nota 7, pp. 191 y 192; García-Pelayo, M., “Constitución y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 92, pp. 55-66; Sartori, G., “Constitución”, *Elementos de teoría política*, Madrid, 1992, p. 13.

¹⁹⁰ *Cfr.* Vega, P. de, “Constitución y democracia”, *op. cit.*, nota 52, pp. 66-73; “Supuestos políticos...”, *op. cit.*, nota 33, pp. 396-403; *La reforma constitucional..., cit.*, nota 54, pp. 15-24; “En torno...”, *cit.*, nota 3, p. 704 y ss. *Cfr.* también y en el mismo sentido, Ollero, C., “El derecho político como ciencia política”, *Revista de la Universidad de Madrid*, núm. 7, 1953, pp. 347 y ss.; Morodo, R., “Constitución, legalidad, legitimidad”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, núm. 26, 1963, pp. 55 y ss. Se refieren también a esta concepción de la Constitución, por

en Inglaterra, existen elementos doctrinales que condujeron a la formación histórica de la ideología del constitucionalismo,¹⁹¹ es lo cierto que en su sentido estricto, moderno, técnico y actual, la Constitución se identifica con el concepto liberal-burgués de la misma. Lo que significa que sólo puede hablarse de Constitución, y constitucionalismo, para designar aquellos documentos de gobierno que nacen a partir de un momento histórico determinado: las grandes revoluciones liberal-burguesas americana y francesa, de finales del siglo XVIII, y que tienen un definido substrato teórico común: la confrontación entre los supuestos ideológicos del pensamiento político liberal —representados, de manera básica, por la obra de Montesquieu—, y los del pensamiento político democrático —encarnados en Jean Jacques Rousseau—, de modo y manera que se encuentran inspirados, y efectivamente recogen, los principios democrático (la teoría democrática del Poder Constituyente), liberal (defensa de la libertad individual a través de las declaraciones de derechos y la división de poderes) y de supremacía (sujeción del gobernante a la Constitución, y concordancia del derecho ordinario con ella).

La Constitución es entonces la Constitución liberal-burguesa. Ésta se presenta como un conjunto de normas jurídicas nacido de un proceso histórico determinado, que, por exigencia del racionalismo jurídico, ha de plasmarse necesariamente en un documento escrito, formal y solemne,¹⁹² esta-

ejemplo, García de Enterría, E., “La Constitución como norma jurídica”, en Predieri, A., y García de Enterría, E. (dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2a. ed., Madrid, 1981, pp. 98-102 y ss.; Rubio Llorente, F., “La Constitución como fuente del derecho”, *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, 1979, vol. I, pp. 59 y 60; Cascajo Castro, J. L., “El Consejo constitucional francés”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. I, p. 650.

¹⁹¹ Cfr. en este sentido, Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 13, p. 22.

¹⁹² Como es lógico, no vamos a detenernos ahora en la exposición de la clásica, y, por cierto, apócrifa (aunque es muy frecuente el referirse a ésta, debemos advertir que en realidad en la obra de Paine no se contiene ninguna mención al aristócrata francés, sino que, por el contrario, su trabajo está escrito en abierta polémica con otro contrarrevolucionario: Edmund Burke, a quien, en un primer momento, había considerado como un amigo dada su posición respecto de la Revolución americana, y posteriormente como un enemigo, no sólo personal, sino de la humanidad. Véase, Paine, T., *Los derechos del hombre*, 2a. ed., México, 1986, p. 27, y a quien no duda en descalificar en la objetividad de sus juicios por el hecho de recibir una pensión por parte de la Corona británica; véase, por ejemplo, pp. 28 y 29), polémica entre Joseph de Maistre (*Consideraciones...*, *cit.* nota 92, especialmente capítulos VI, VII y VIII), —quien, como partidario de sistema absolutista, se mostrara contrario a la Constitución escrita para permitir al rey absoluto imponer en

blecido y sancionado por la autoridad superior competente:¹⁹³ el Poder Constituyente, que recogiendo los supuestos basilares del pensamiento político liberal explicitados en el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de

todo momento su voluntad—, y Thomas Paine —quien, como representante del pensamiento liberal-democrático racionalista, deseará que, como límite a la acción del gobierno, las reglas de convivencia puedan ser fácilmente demostrables, y, para ello, nada mejor que, cuando alguna materia resulte controvertida, los participantes en el litigio “sacasen de su bolsillo la Constitución impresa y leyera el capítulo que tenía relación con la materia que se debatía” (*Los derechos...*, *cit.*, *supra*, p. 174)—. Lo que aquí importa es poner de manifiesto que si bien es verdad que la exigencia de que la Constitución se plasme en un documento escrito es un rasgo definidor del constitucionalismo moderno, es lo cierto, también, que, como bien advierte Borgeaud, C. (*Établissement...*, *cit.*, nota 71, pp. 3 y ss.; y 44 y ss.), esta concepción no nace, ni mucho menos, con el triunfo de los procesos revolucionarios liberal-burgueses americano y francés de finales del siglo XVIII. Antes al contrario, se trata de una idea que se remonta ya a la antigüedad clásica y que, en todo caso, ha gozado de un rancio abolengo en el pensamiento liberal-democrático (*Cfr.* en este sentido, Loewenstein, K., *Teoría...*, *cit.*, nota 25, p. 159), encontrando, además, alguna realización práctica con anterioridad a los eventos revolucionarios. Lo que se perseguía con la articulación del instrumento de gobierno en un documento escrito era, como, entre otros, ha indicado Schmitt, C. (*Teoría...*, *cit.*, nota 39, p. 39), la introducción de los principios de demostrabilidad y de una cierta estabilidad en el ámbito de la ordenación jurídica de la vida fundamental del Estado. Tal pretensión fue, en efecto, la que animó a la adopción por escrito de la *Magna charta* de 1215 —claro ejemplo de la llamada “Constitución estamental”, en virtud de la cual se hacían expresos los acuerdos alcanzados por Juan Sin Tierra, como rey de Inglaterra, y los *meliores et majores terrae* (los estamentos privilegiados); *cfr.* García-Pelayo, M., “La Constitución estamental” (1949), *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, pp. 103-117—, o las denominadas leyes fundamentales de los siglos XV y XVI, por las que se formalizaban por escrito una serie de costumbres relativas a la organización política, siendo así que, como escribe Paul Bastid, “no tienen todavía nada en común, en cuanto a su contenido, con las Constituciones de la Edad Moderna. No son prescripciones resultantes de la voluntad libre de un legislador. Son simplemente reglas consuetudinarias a las que todo un movimiento de comentaristas se esfuerza por asegurar un valor más elevado que el de las demás. Se las opone como leyes del reino, que no pueden ser modificadas arbitrariamente... a las Leyes del rey, que no dependen más que de la decisión del soberano que sólo vienen a transformar los usos recibidos en otros ámbitos” (*L’idée de Constitution*, París, 1985, p. 13). Pero, si esto es así, lo que sucede es que no será hasta el triunfo, en el ámbito político, de las ideas liberal-democráticas racionalistas —que se verifican de la mano de los procesos revolucionarios— cuando la necesidad de que el documento de gobierno se consigne de forma escrita adquiera no ya el carácter de una mera exigencia y aspiración teórica, sino el de convertirse en un elemento estructural básico de la propia Constitución en sentido técnico. Señala, sobre esta cuestión, Esmein que esta concepción descansaba sobre tres ideas: “Premièrement, la supériorité de la loi écrite sur la coutume était alors reconnue d’une façon générale; il fallait y ramener, par conséquent, les règles constitutionnelles, les plus importantes de toutes. En second lieu, les

Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 (“Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”), pretende, de manera consciente,¹⁹⁴ establecer, de una vez y para siempre, una ordenación racional de la totalidad de la vida política del Estado.

Así las cosas, nos encontramos con que es una afirmación generalmente aceptada entre los constitucionalistas la de que el fundamento del

hommes du XVIII siècle considéraient volontiers une Constitution nouvelle édictée par la souveraineté nationale comme une véritable renouvellement du contract social: il fallait donc en rédiger les clauses dans la forme la plus solennelle et la plus complète. Enfin ils pensaient que les constitutions ainsi rédigées, claires et systématiques, fourniraient un excellent moyen d’éducation politique, qui répandrait sûrement parmi les citoyens la connaissance, et, en même temps, l’amour de leurs droits”; véase Esmein, A. y Nézard, H., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. I. *La liberté moderne: Principes et institutions*, 8a. ed., París, 1927, pp. 603 y 604. En el mismo sentido, Cfr. García-Pelayo, M., “Constitución y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 92, pp. 63 y 64; Hesse, K., “Concepto...”, *op. cit.*, nota 89, p. 22.

¹⁹³ Fue lord Bryce el primer autor que, ya en 1884, puso de manifiesto que para que, en rigor, quepa hablar de verdaderas Constituciones en sentido moderno, a las que él calificará luego de “rígidas”, será necesario que concurren en el instrumento de gobierno dos circunstancias fundamentales, como son su forma escrita, por un lado, y la singular naturaleza de la autoridad de la que emanan y que, en último extremo, puede reformarlas. Cfr. a este respecto, J. Bryce, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, 1988, pp. 9 y ss.; y 88 y ss. En todo caso, interesa dejar constancia de que la idea de Bryce tuvo un notable éxito, siendo pronta y generalmente aceptada por la doctrina posterior. Señala, en este sentido, y a título de ejemplo, Schmitt que lo fundamental de lo “formal” de la Constitución escrita no se encuentra en el mero hecho de que aquélla aparezca como un documento escrito, sino, por el contrario, en la naturaleza del poder del que aquél emana; así dirá que “Lo formal de la Constitución escrita no puede consistir naturalmente en que alguien haya llevado a papel algunas prescripciones o estipulaciones, las haya instrumentado o hecho instrumentar, y por eso nos encontremos en presencia de un documento escrito. El carácter formal sólo puede ser adquirido cuando ciertas propiedades, sea de la persona u órgano que emite el documento, sea del contenido instrumentado, justifican el hablar de una Constitución en sentido formal”. De esta suerte, nos encontramos con que la existencia de Constituciones escritas, leyes constitucionales en la terminología schmittiana, remite, de una u otra forma, a la noción de Poder Constituyente. Cfr. Schmitt, C., *Teoría...*, *cit.*, nota 39, pp. 38 (de donde procede la cita anterior), 39 y 94. Véase, también y en el mismo sentido, Pérez Serrano, N., “El Poder Constituyente”, *Escritos de derecho político*, *cit.*, nota 7, vol. I, p. 262. Insiste, también, en el dato de la especial naturaleza del autor del texto escrito que recibe el nombre de “Constitución escrita” o “Constitución en sentido formal”, Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho constitucional*, Madrid, 1965, pp. 149 y 150.

¹⁹⁴ Cfr. en este sentido, Schmitt, C., *Teoría...*, *cit.*, nota 39, p. 46; Smend, R., “Constitución...”, *op. cit.*, p. 133; Stern, K., *Derecho del Estado...*, *cit.*, nota 7, p. 194; García-Pelayo, M., “Constitución y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 92, pp. 55-56.

Estado constitucional se encuentra íntimamente relacionado con las tesis contractualistas o pactistas. Como con total acierto y precisión, ha puesto de relieve De Vega,¹⁹⁵ son aquellas teorías las que, surgiendo en el medievo tardío como una doctrina políticamente neutral con las obras de por ejemplo, Bártolo de Sassoferrato y Nicolás de Cusa, y que habían comenzado a mostrar sus formidables potencialidades ideológicas al ser desarrolladas por los monarcómanos protestantes (S. J. Brutus, G. Buchanan, F. Hotman, etcétera), se convertirían, a partir de Johannes Althusius,¹⁹⁶ en el substrato ideológico sobre el que se asienta el moderno Estado constitucional con las formulaciones de los Grocio, Spinoza, Puffendorf, Locke, Kant y, de manera fundamental, en tanto que no sacrifican el pacto al respeto a la libertad individual,¹⁹⁷ las de Hobbes¹⁹⁸ y Rousseau.

En este sentido, no puede olvidarse que es en aquellas construcciones donde surgen las dos ideas centrales, basilares y medulares de las que arranca el constitucionalismo moderno. La primera de ellas, que es el resultado de un largo proceso de desacralización de la vida pública, es la de que la comunidad política o el Estado, es una creación de los hombres y no de la divinidad. Aunque no es el único ejemplo que podría ponerse. En dicho proceso de desacralización encontramos los nombres de, por ejemplo, un Marsilio de Padua,¹⁹⁹ con quien, al afirmar

¹⁹⁵ Cfr. Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *cit.*, nota 13, pp. 24-27 y ss.

¹⁹⁶ Altusio, J., *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos* (1603), Madrid, 1990.

¹⁹⁷ Cfr. Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *cit.*, nota 13, pp. 25, 27, 38 y 39.

¹⁹⁸ Hobbes, T., “Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil” (1651), *Del ciudadano y Leviatán*, Madrid, 1987; *Elementos de derecho natural y político*, Madrid, 1979.

¹⁹⁹ Marsilio de Padua, *El defensor de la paz* (1324), Madrid, 1989. En relación con este trabajo, debemos advertir que aunque Marsilio de Padua forma parte de los teóricos del contractualismo, o pactismo, del Medievo tardío, a los que se le atribuye la elaboración de una doctrina políticamente neutral, constituye, sin embargo, uno de los documentos fundamentales para la comprensión de lo que el constitucionalismo moderno es y significa. Y es que no puede dejar de darse la razón a Otto von Gierke (*Teorías políticas de la Edad Media*, Madrid, 1995, pp., 71, 166 y 167, 220 y 221) cuando afirma que el *defensor pacis* es uno de los más claros precedentes del moderno Estado constitucional. Lo que se explica porque de algún modo, y aunque sea de manera muy rudimentaria, en aquel escrito se pueden indentificar ya los tres principios que inspiran en constitucionalismo moderno. 1.) La afirmación del principio democrático es meridiana en Marsilio. En este sentido, es menester tomar en consideración que para el de Padua resulta evidente que el

la “constitución autónoma del universo político-moral respecto de la teología; el derecho natural comienza a liberarse de sus presupuestos dogmático-religiosos y se funda sobre la naturaleza ético-racional del hombre como *cristianismo secularizado*”,²⁰⁰ un Guillermo de Ockham,²⁰¹ Nicolás de

único sujeto legitimado para decidir sobre los modos y las formas en que la comunidad política, como realidad terrenal que es, va a ser gobernada, es el pueblo, y sólo él. *Cfr.* a este respecto, Marsilio de Padua, *El defensor...*, *cit.*, nota 199, primera parte, capítulo XX, §§ 5, 6, 7 y 8, pp. 50-53. Se oponía, de esta suerte, tanto a lo que defendían el poder terrenal del Papa, como a los que, como, por ejemplo Dante Alighieri (*Monarquía* (1310-1317), Madrid, 1992, especialmente libro I, II, V y X, y libro III, IV, pp. 4 y 5, 13, 21 y 94-96) negaban el poder terrenal del Papa para afirmar el poder absoluto de un emperador que, en último extremo, recibe sus facultades directamente de Dios. 2.) Ocurre, en segundo término, que, al concebir al pueblo como soberano, Marsilio ideará, como advirtió ya Mosca, G. (*Historia...*, *cit.*, nota 123, pp. 72-75), un incipiente sistema de división de poderes, en cuyo seno va a distinguirse la potestad de dictar leyes, que de manera manifiesta habrá de corresponder al pueblo en cuanto que soberano, y la función ejecutiva, que se atribuye al monarca. 3.) Será, por último, posible encontrar también en *El defensor de la paz* (*cit.*, nota 199, primera parte, capítulo XI, pp. 44-53) uno de los más claros antecedentes del principio de supremacía constitucional. Lo que, por lo demás, no es sino el lógico correlato de las dos notas anteriores. En efecto, ocurre que para Marsilio el monarca, como titular de la función ejecutiva, no puede ser concebido más que como un mero funcionario al servicio del pueblo, cuya misión es, en concreto, la de ejecutar fielmente lo ordenado por éste en la ley. La idea de que la esencia del buen gobierno radica en que éste descansa en la voluntad de la ley, y no en la voluntad de los hombres, que había sido afirmada ya desde el mundo clásico (*Cfr.* Sabine, G., *Historia...*, *cit.*, nota 185, pp. 26 y 79-89, por ejemplo), y que había encontrado en Juan de Salisbury y su conocida sentencia: “La única o principal diferencia entre el tirano y el príncipe consiste en que éste obedece a la ley y, conforme a ella, rige el pueblo del que se estima servidor” (*Politicus* (1159), Madrid, 1984, libro IV, capítulo I, p. 306) un punto de referencia inexcusable, adquiría ahora una acabada y definitiva formulación al asegurar, aunque sólo fuese de manera teórica, no sólo la subordinación de los gobernados al derecho, sino también, y esto es lo importante, la del gobernante.

²⁰⁰ Heller, H., “La crisis...”, *op. cit.*, nota 97, p. 32.

²⁰¹ Ockham, Guillermo de, *Sobre el gobierno tiránico del Papa* (1339-1340), Madrid, 1992. Como el antes citado *defensor pacis*, este trabajo está redactado en el marco de la confrontación entre el Papa y el emperador por hacerse con el poder terrenal; polémica en la que el autor mantendrá una postura singular. La defensa de la libertad de conciencia religiosa y la de la investigación filosófica, lleva a Guillermo de Ockham a negar que el Papa sea titular de un poder absoluto. Negación del poder absoluto del Papa que se proyecta no sólo respecto del orden político terrenal, sino también, y esto es lo importante y lo que, en definitiva, otorga su singularidad a la tesis de de Ockham, en lo que se refiere al orden espiritual. En tales circunstancias, obvio resulta que el Papa, en la medida en que carece completamente de un poder absoluto tanto en lo espiritual como en lo político, no puede, bajo ningún concepto, pretender organizar el gobierno de los hombres en el ámbito po-

Maquiavelo²⁰² y, de manera principal, Althusius con su concepción de que el pueblo al establecer el pacto político crea la sociedad civil.²⁰³ Interesa señalar que la ruptura con la concepción sacra del Estado y, con ello, de la política, se hace especialmente patente en el escrito que, seguramente, y como advierte Ch. Borgeaud,²⁰⁴ más influyó en el nacimiento del constitucionalismo estadounidense. Así, escribe el reverendo Wise:

Consideraré al Hombre en su estado Natural, como un Sujeto Nacido-libre bajo el Reino de los Cielos, y que no debe más tributo a nadie más que a Dios. Es cierto que el Gobierno Civil en general, es el muy admirable resultado de la Providencia, y un incomparable beneficio para la Humanidad, sin embargo debe ser comprendido como el Efecto de los libres pactos Humanos y no como una Institución Divina; es Producto de la Razón del Hombre, de la Combinación Humana y Racional, y no de ninguna Orden directa de la Sabiduría Infinita, en cualquier Ley positiva donde se redacte éste o aquél Esquema de Gobierno Civil.²⁰⁵

Esta idea, en último extremo y como es de sobra conocido, se convertirá en uno de los rasgos más significativos del moderno Estado

lítico y temporal. Si, no obstante, lo intentase, el resultado es, en opinión de Guillermo, que el Papa estaría incurriendo en la más palmaria de las herejías (*Cfr. Sobre el gobierno..., cit., supra*, libro segundo, capítulo 3, pp. 24-27, y libro tercero, capítulo 16, pp. 130 y 131). Así las cosas, innecesario debería ser afirmar que, para nuestro autor, las decisiones sobre la vida política de la comunidad, en cuanto que cuestión temporal y terrenal que es, ha de corresponder a una autoridad humana y no espiritual. El problema, entonces, se transforma en determinar a quién, de entre todos los sujetos terrenales, ha de corresponderle la tarea. Y, en este sentido, la posición de Guillermo de Ockham es tan contundente como meridiana. En efecto, al igual que hace Marsilio de Padua, de Ockham no tiene ninguna duda a la hora de afirmar que la decisión sobre los modos y las formas en que la comunidad política va a ser gobernada corresponde, única y exclusivamente, al pueblo, el cual, en tanto que titular de un poder soberano, elegirá de manera libre a sus gobernantes (*Cfr. Sobre el gobierno..., cit., supra*, libro tercero, especialmente capítulos 6-8, pp. 109-115). Finalmente, ocurre que si el Papa, como poder espiritual no absoluto y nunca terrenal, no tiene supremacía sobre el emperador, Guillermo de Ockham no duda en afirmar que este último, porque ha sido elegido por el pueblo, sí tiene, o, al menos, habría de tener, alguna competencia sobre el gobierno de la Iglesia, sobre todo en lo que hace a la elección del Papa.

²⁰² Maquiavelo, N. de, *El príncipe* (1513), Madrid, 1988.

²⁰³ *Cfr.* Gierke, O. von, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturaliche*, Turín, 1974, p. 22; Vega, P. de, "Mundialización y derecho constitucional...", *cit.*, nota 13, p. 25.

²⁰⁴ *Cfr.* Borgeaud, C., *Établissement..., cit.*, nota 71, pp. 17 y ss.; y 29.

²⁰⁵ Wise, J., *A Vindication..., cit.*, nota 80, p. 33.

constitucional²⁰⁶ y a la postre, le diferenciará de otras manifestaciones históricas del Estado.

La segunda, por su parte, se encuentra en íntima, directa e inmediata relación con la primera. Esta se traduce en la idea de que, en la medida en que el Estado es una creación humana, es a los hombres, y sólo a ellos, a quien corresponde decidir sobre su organización y los modos y formas en que van a ser gobernados.²⁰⁷

De todo lo anterior se extrae, de manera clara y diáfana, una enseñanza fundamental para la ponderada y cabal comprensión del derecho constitucional, en general, y de nuestro problema, en particular. Si, no sin falta de razón, se ha dicho que en tanto la Constitución es concebida, ante todo y sobre todo, como un gran sistema de garantías de la libertad individual frente al poder político,²⁰⁸ los términos “constitucionalismo” y “liberalismo” son, de algún modo, conceptos equivalentes; ocurre empero, que no es en el principio liberal donde ha de encontrarse la esencia misma de esta forma política. Antes al contrario, nos encontramos con que resulta, a todas luces, evidente que el constitucionalismo aparece inescindiblemente unido al principio democrático, que se erige de manera inconcusa en el punto de arranque y fundamento último de la nueva forma de organización política del Estado. Precisamente en esta circunstancia se encuentra la esencial y transcendental diferencia entre el Estado constitucional y las distintas formas en que el Estado, como “unidad organizada de decisión y acción política”,²⁰⁹ se

²⁰⁶ Cfr. Böckenförde, E. W., “La democracia como principio constitucional”, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, 2000, pp. 48-49 y 51.

²⁰⁷ Cfr. en el mismo sentido, P. De Vega, “Constitución y democracia...”, *op. cit.*, nota 52, p. 67.

²⁰⁸ Cfr., Borgeaud, C., *Établissement...*, *cit.*, nota 71, pp. 48, 53 y 54. Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, nota 6, pp. 292 y 293. Vega, Pedro de, “Constitución y democracia”, *op. cit.*, nota 52, pp. 68 y 69; “Supuestos políticos...”, *op. cit.*, nota 33, pp. 400 y 401.

²⁰⁹ Cfr. sobre este particular, Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, nota 6, pp. 246-265. En relación con el nacimiento del Estado moderno, que, aunque cabe encontrar alguna manifestación precoz, como la que supuso el reinado de Federico II en la Sicilia del siglo XIII (Cfr. al respecto, Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, nota 6, p. 145; García-Pelayo, M., “Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno”, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, 1968, pp. 141-223), se verifica en el siglo XV, y que se presenta como producto típico del pensamiento renacentista, que debe su nombre Nicolás de Maquiavelo (“Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados”, *El príncipe*, *cit.*, nota 202, p. 5), Cfr. Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, nota 6, pp. 141 y ss., especialmente pp. 145 y ss. Véase, también, García-Pelayo, M., “Hacia el surgimiento del Estado moderno” (1977), *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, 1983, pp. 109-133.

manifestó desde su nacimiento en el siglo XV hasta los procesos revolucionarios liberal-burgueses. Y es, así mismo, en esta circunstancia donde radica la verdadera esencia de la Constitución.

En efecto, nadie duda de que la tarea prioritaria de los documentos constitucionales es la de proceder a la organización política estatal. Ahora bien, debemos advertir de manera inmediata que, si esto es así, no todo documento de gobierno puede ser reputado como una verdadera Constitución. Es menester, en este sentido, tener en cuenta que “la organización política estatal puede organizarse de una manera democrática y de una manera no democrática. Pues bien, sólo cabe hablar de Constitución en sentido moderno cuando es el propio pueblo quien la establece y sanciona”.²¹⁰ De esta suerte, la conclusión a la que desde la más elemental lógica jurídica y política ha de llegarse, sólo puede ser una: el Estado constitucional es la creación de la voluntad de un pueblo que se sabe soberano y que, por ello mismo, se entiende como el único sujeto legitimado para decidir cómo quiere ser gobernado.

Cierto es que estas ideas no surgen con los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses. De hecho, bien puede afirmarse que la idea de la soberanía del pueblo es tan antigua como la propia agrupación de los hombres en colectividades políticas. Ello no obstante, constituiría una auténtica falsificación de la realidad y de la historia el pretender que los viejos discursos en favor del principio democrático que pueden hallarse en la teoría política del mundo clásico y medieval, fueran algo más que unos antecedentes especulativos, sin duda valiosos y trascendentales, pero meramente teóricos y sin plasmación práctica concreta.

Habrà de esperar al siglo XVII para que el principio democrático comience a cobrar una verdadera entidad y realidad histórica. De una manera más precisa, esto se produce el 21 de noviembre de 1620,²¹¹ y en el ámbito geográfico del nuevo continente. Y lo hace justamente, porque el pueblo abandona su *status* de concepto mítico y eterno que se le atribuía en el mundo clásico y medieval, para convertirse, al modo propuesto ya por Maquiavelo,²¹² en un pueblo concreto y real de la comunidad que

²¹⁰ Vega, P. de, “Constitución y democracia”, *cit.*, nota 52, p. 66.

²¹¹ Interesa, no obstante, dejar constancia de que hay quien afirma que la irrupción del sistema democrático en el continente americano no se produce con el viaje del *Mayflower*, sino que la misma tuvo lugar en 1619 y en el marco de la Colonia de Virginia. Véase, en este sentido, Morison, S. E., Commager, H. S. y Leuchtenburg, W. E., *Breve historia de los Estados Unidos*, 3a. ed., México, 1993, pp. 34-39.

²¹² Cfr., Vega, P. de, “La democracia como proceso...”, *cit.*, nota 144, p. 470.

necesariamente participa de forma activa en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales para la propia comunidad. Lo que, traducido en otros términos, y como está admitido de forma prácticamente unánime por la doctrina, significa que es con la firma del *Mayflower Compact*²¹³ por parte de los *Padres Peregrinos* cuando la idea de que el pueblo es el titular de la soberanía alcanzó su primera manifestación práctica. Y lo hizo por cuanto que los *Pilgrinfathers*, en una actuación claramente tributaria de los planteamientos políticos del puritanismo calvinista,²¹⁴ procedieron a la conversión del pacto de gracia puritano en un auténtico pacto político. De esta suerte, se daba plena satisfacción a la nueva concepción, derivada directamente de las tesis del contractualismo iusnaturalista, del Estado y de la política. En efecto, ha de tenerse en cuenta que la idea que subyace en la actuación de los Padres Peregrinos vendría definida por los siguientes extremos:²¹⁵ al concebir el Estado como una obra humana, se rompía el carácter sacro de la comunidad política y con ello cobraría auténtica entidad la idea de que es a los hombres a quienes corresponde decidir su organización; desde esta óptica, se afirmaría que de igual modo que los hombres eran libres para fijar las reglas de culto de su respectiva comunidad religiosa, también serían libres para organizar la comunidad política.

Este modo de razonar es el que se encuentra también en el origen de todos aquellos documentos de gobierno que se redactaron en el mundo anglosajón, y que, como primeras manifestaciones históricas del principio de soberanía popular, suponen, como está generalmente aceptado,²¹⁶ los más claros precedentes de las Constituciones modernas. Nos referimos, en orden cronológico, a: 1) Los distintos *covenants* elaborados y aprobados por los

²¹³ Sobre el *Mayflower Compact*, así como sobre su influencia posterior, véase, Morison, S. E., “El pacto del *Mayflower*”, en Boorstin, D. J. (comp.) *Compendio histórico de los Estados Unidos. Un recorrido por sus documentos fundamentales*, México, 1997, pp. 15-19.

²¹⁴ Cfr. Borgeaud, C., *Établissement...*, cit., nota 71, pp. 12-18, especialmente pp. 12 y 13, en relación con lo que dice, pp. 8-10.

²¹⁵ Sobre este particular, cfr. Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, cit., nota 33, p. 397.

²¹⁶ Cfr. Bryce, J., *Constituciones...*, cit., nota 193, pp. 67 y 68; Jellinek, G., *Teoría general...*, cit., nota 95, pp. 384-393; Esmein, A. y Nèzard, H., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé, I...*, cit., nota 294, p. 616; Schmitt, C., *Teoría...*, cit., nota 39, p. 61; Finer, H., *Teoría y práctica del gobierno moderno*, Madrid, 1964, pp. 155 y 156; Zippelius, R., *Teoría general del Estado (ciencia de la política)*, México, 1985, pp. 202 y 337; Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político, II...*, cit., nota 31, pp. 435 y 581; Vega, P. de, “Constitución y democracia”, cit., nota 52, p. 67; *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp. 30-32.

colonos americanos, entre los que destacan las *Fundamental Orders of Connecticut*, de 1639, y el aprobado en 1641 en Aquidneck (Rhode Island). 2) El cromwelliano *Agreement of the People*, de 1647; en él se contenía, al menos en sus líneas básicas, una estructura de gobierno para Inglaterra. Nos encontramos ante un texto que había sido elaborado por la izquierda del partido puritano, fue aprobado por el Consejo de funcionarios del ejército y el Long Parliament, y fue sometido de manera inmediata a la voluntad del pueblo,²¹⁷ y que, pese a ello, y a contener al menos en sus líneas básicas, una estructura de gobierno para Inglaterra, no llegó a gozar de una auténtica efectividad. 3) El *Instrument of Government*, de 1653; éste, de algún modo, se encontraba inspirado por las mismas ideas democráticas que el anterior,²¹⁸ pero a diferencia de aquél, fue aprobado tan sólo por Oliver Cromwell y sus funcionarios, sin intervención directa del pueblo, lo que, en opinión de Borgeaud,²¹⁹ explica, y justifica, que su vigencia fuese muy limitada en el tiempo.

Fue con los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, cuando las tesis del contractualismo iusnaturalista adquirieron, al ser llevadas a la práctica, su auténtica entidad y significado pleno. Así sucedió en el ámbito de lo que hoy son los Estados Unidos de América.

Lo anterior es especialmente cierto en lo que se refiere al nivel regional,²²⁰ cuando, una vez que se despojaron de la autoridad de Gran Bretaña, las antiguas colonias, nacientes Estados, fueron aprobando sus respectivos

²¹⁷ Cfr. Borgeaud, C., *Établissement...*, cit., nota 71, pp. 6-11.

²¹⁸ Una interpretación distinta de la aquí defendida sobre estos dos textos, es la mantenida por Hobbes. Para éste, tanto el *Agreement of the People* como el *Instrument of Government* son unos documentos de gobierno en los que, lejos de consagrar el principio de la soberanía popular y, con él, el de supremacía constitucional, tenían como única misión la de lograr la concentración de todo el poder político en la persona de Cromwell, el cual acaba, entonces, convirtiéndose en un sujeto *legibus solutus*. De acuerdo con el autor del *Leviatán*, esto se lograba de la siguiente manera: “Su método [de Cromwell] era conseguir que el poder supremo fuera conferido al Parlamento. Por ello convocó un Parlamento y le dio el poder supremo con la condición de que ellos se lo dieran a él”. Véase Hobbes, T., *Behemoth o el Parlamento largo* (1668), Madrid, 1992, pp. 237 y 238.

²¹⁹ Cfr. Borgeaud, C., *Établissement...*, cit., nota 71, pp. 10-11.

²²⁰ Sobre la total y absoluta aceptación y afirmación del principio democrático en el momento post-colonial, cfr. a título de ejemplo, Thayer, J. B., “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. VIII, núm. 3, 1893, p. 131; Rudolf, W. M. y Rudolf, J. L., “The limits of Judicial Review in Constitutional Adjudication”, *Nebraska Law Review*, vol. 63, 1984, p. 87.

documentos de gobierno.²²¹ En este sentido, es menester recordar que como han indicado Borgeaud,²²² Bryce²²³ y Boutmy,²²⁴ fue precisamente en la esfera regional y no en la federal, donde se formuló y se puso en marcha la más perfecta expresión de la teoría de la soberanía popular. Desde la total y absoluta aceptación de los esquemas trazados, en 1717, por John Wise sobre el desarrollo del proceso constituyente (momento de la libertad, momento del pacto social, y momento o acto constitucional), los antiguos colonos hicieron real la idea de que corresponde al pueblo, y sólo a él, la decisión sobre la creación y organización de la comunidad política. Y lo hicieron con la aprobación de sus respectivas Constituciones. La primera de ellas fue la de Virginia, compuesta por el Virginia Bill of Rights, de 12 de junio de 1776, y la Constitution of Virginia, de 29 del mismo mes y año. A ésta le siguieron muy pronto la de New Jersey, de 2 de julio; Delaware, 21 de septiembre; Pennsylvania, 28 de septiembre; Maryland, 8 de noviembre; Carolina del Norte, 18 de diciembre; Georgia, 5 de febrero de 1777, y Nueva York, de 20 de abril del mismo año, y la de Massachusetts de 1780, que se convirtió en el paradigma del modelo americano de la teoría democrática del Poder Constituyente del pueblo.²²⁵ A la misma idea responden los actos por los que, por ejemplo, Rhode Island y Connecticut confirmaron, ahora en nombre del pueblo, los documentos de gobierno de la etapa colonial.²²⁶

Aunque de una manera más difusa, la impronta del contractualismo iusnaturalista de Wise puede también descubrirse en el supuesto de la unión federal americana. Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que la efectiva reunión, el 25 de mayo de 1787, de la Convención de Filadelfia se tradujo en la práctica, en la verificación de aquel “hecho nacional” del que nos ha-

²²¹ Interesa señalar, a este respecto, que la valoración que se ha hecho de estos instrumentos de gobierno no es unánime en la doctrina. Así, nos encontramos con que mientras hay quien los considera ya unas verdaderas Constituciones del tipo liberal-burgués, hay otros autores, como por ejemplo Hermann Finer (*Teoría...*, cit., nota 216, p. 156), que le atribuyen la naturaleza de ser los más claros precedentes de las modernas Constituciones escritas, pero no la de ser unas auténticas Constituciones.

²²² Cfr. Borgeaud, C., *Établissement...*, cit., nota 71, p. 198.

²²³ Cfr. J. Bryce, J., *El gobierno de los Estados en la República norteamericana*, Madrid, *sine data*, pp. 24, 32 y 33, por ejemplo.

²²⁴ Cfr. Boutmy, E., *Études de droit constitutionnel. France-Angleterre-États-Unis*, París, 1885, pp. 192 y ss; y 198.

²²⁵ Cfr. Borgeaud, C., *Établissement...*, cit., nota 71, pp. 22 y 23, 267 y ss.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 22-23.

blaban, por ejemplo, un Georg Jellinek²²⁷ o un Philipp Zorn.²²⁸ Ninguna dificultad debiera, a mi juicio, existir para reconocer que una vez que se descarta la tarea de reformar los artículos de la Confederación y se opta por la redacción de una nueva Constitución,²²⁹ los trabajos de dicha Convención adquieren la condición de ser un verdadero pacto social. Contrato social por el que se crea el nuevo Estado, y además, en virtud del cual se culmina ese proceso, magníficamente descrito por Altusio, en el que los ciudadanos ceden el ejercicio de la soberanía a un nuevo ente político: el pueblo del Estado, en el que se integran y disuelven. Y es justamente, ese nuevo sujeto político, el pueblo único de los Estados Unidos como unidad, que, en cuanto soberano, puede imponer su voluntad al pueblo como pluralidad, el que queda legitimado para decidir la organización concreta del Estado. Así lo entendió, en todo caso, el juez Story cuando, en la sentencia del caso *Martin versus Lesse*, afirma que la “Constitución de los Estados Unidos ha sido decretada y establecida no por los Estados, en su capacidad de Estados soberanos, sino expresa y formalmente... por el pueblo de los Estados Unidos”.²³⁰

Tampoco, según mi modesto parecer, habría de haber ningún problema en identificar el contenido de ese pacto social. Éste, en último térmi-

²²⁷ Cfr. Jellinek, G., *Die Lehre...*, cit., nota 95, pp. 256 y ss; *Teoría general...*, cit., nota 95, pp. 582 y ss.

²²⁸ Cfr. Zorn, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlín y Leipzig, 1880, t. I, p. 30.

²²⁹ Es menester recordar, aquí, que los problemas, fundamentalmente en temas económicos y financieros, que se planteaban en la Confederación creada en 1776 fueron los que, en último término, condujeron a la convocatoria, en febrero de 1787, de la Convención de Filadelfia. Su finalidad era, en ese primer momento, el proceder a la reforma de los *Articles of the Confederation*. Fue, sin embargo, con la reunión efectiva de la Asamblea cuando se cambió el objetivo. En efecto, a partir del 25 de mayo de 1787, los trabajos de la Convención no se dirigen ya a la modificación de la norma fundamental por la que se regía la Confederación, sino, muy al contrario, a la elaboración de una nueva Constitución para una nueva entidad político-territorial única: la República estadounidense. Publio lo pondría claramente de manifiesto cuando señalaba que “Después de haber experimentado de modo inequívoco la ineficacia del gobierno federal [en realidad está haciendo referencia a la etapa confederal] vigente, sois llamados a deliberar sobre una nueva Constitución para los Estados Unidos de América”. Véase Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El federalista*, México, 1982, núm. 1, p. 3. En general sobre el tránsito de la Confederación a la Federación estadounidense, Cfr. Ruipérez, J., “Principio democrático y federalismo. El Poder Constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado”, *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, cit., nota 32, pp. 128-132.

²³⁰ “*Martin versus Hunter’s Lesse*”, 14 US 304 (1816), p. 324.

no, se identifica con el propio “Preámbulo” de la Constitución federal,²³¹ a cuyo tenor: “Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer la Justicia, afianzar la tranquilidad interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, sancionamos y estatuímos esta Constitución para los Estados Unidos de América”.

Y si esto es así en lo que hace al nuevo continente, lo mismo podría decirse respecto de la Francia revolucionaria. Ha sido, entre otros, Egon Zweig²³² quien ha puesto de relieve que los procesos constituyentes franceses de 1789-1791 y 1792-1793 estuvieron muy influidos por el pensamiento contractualista. Por su parte, las intervenciones de, por ejemplo, Desmeunier, Valdruche, Romme e Isnard,²³³ dan buena prueba de que la obra de Wise no sólo era conocida en ambas Asambleas Constituyentes, sino también plenamente asumida.

No es éste el momento oportuno para detenerse a indicar que, aunque inspirados por unos mismos principios, fue muy diverso el modo en que los revolucionarios liberal-burgueses americanos y los franceses desarrollaron el ejercicio del Poder Constituyente. Diferencias que, en última instancia, permitieron a Hatschek²³⁴ formular la distinción entre la teoría pacífica del Poder Constituyente, que sería la actuada en América, y la teoría revolucionaria del mismo, que es la que surgió con la Revolución francesa y que se convertiría en la regla general en Europa. Bástenos con indicar a este respecto, y en tanto que de ello se derivarán como veremos posteriormente, ciertas consecuencias para la eficacia del propio Estado constitucional, que en Estados Unidos la organización del ejercicio del *Pouvoir Constituant* “está basada, no sólo sobre el principio de que la autoridad constituyente pertenece al Pueblo, sino también sobre esta otra concepción, retomada en el Derecho moderno por la Reforma puritana, que esta autoridad no puede ser representada”.²³⁵ Lo que, en el terreno de la política práctica, se tradujo

²³¹ En este sentido, *cfr.* por todos, Vega, P. de, “Constitución y democracia”, *cit.*, nota 52, p. 67.

²³² *Cfr.* Zweig, E., *Die Lehre...*, *cit.*, nota 62, p. 343.

²³³ Las mismas pueden verse en Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, *cit.*, nota 54, p. 1.164, nota 2.

²³⁴ *Cfr.* Hatschek, J., *Allgemeines Staatsrecht auf rechtvergleichender Grundlage*, Leipzig, 1909, T. II, pp. 26 y ss.; *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, Berlín, 1922, t. I, pp. 21 y ss. Recoge también esta distinción Pérez Serrano, N., “El Poder Constituyente”, *cit.*, nota 7, pp. 264-266.

²³⁵ Borgeaud, C., *Établissement...*, *cit.*, nota 71, p. 166.

en que “Cualquier proyecto de Constitución elaborado por las Convenciones o Asambleas designadas al efecto, exigirá... la ratificación ulterior, bien de las *town-meetings*, bien del pueblo mismo”.²³⁶ De un modo muy diverso, en la Francia revolucionaria se impondría el principio opuesto: la soberanía puede delegarse en los representantes del pueblo o la nación.²³⁷ Con lo que obviamente la problemática de la soberanía y el Poder Constituyente pasa, de manera inevitable, a gravitar sobre la órbita de los parlamentos.

Lo que, a los efectos que ahora interesan, sí resulta transcendente es que los procesos revolucionarios liberal-burgueses americano y francés de finales del siglo XVIII, que fueron los que dieron origen al Estado constitucional como Estado burgués de derecho, partieron de la misma concepción teórica. En efecto, en uno y otro lado del Atlántico surgió la idea de que el nacimiento del Estado constitucional se produciría en tres etapas. De esta suerte, nos encontramos con que todos los procesos constituyentes del gran momento revolucionario liberal-burgués —y, en general, cualquier otro²³⁸— se verificaron siguiendo de una u otra forma, el esquema teórico trazado, en 1717, por el reverendo John Wise en su *Vindication for the Government of the New England Churches*. Se distinguirían, así, en el proceso constituyente el momento de la libertad, el del pacto social y el acto constitucional.

Momentos tales como el de la libertad, el del pacto social y el del acto constitucional, que aparecerán como hechos claramente diferenciados pero, a la vez, sucesivos y concatenados. Su secuencia lógica sería puesta de relieve, en la sesión de la Constituyente francesa de 10 de mayo de 1793, por Isnard, al afirmar de manera contundente que:

Debe reconocerse en primer lugar... cuáles son los derechos naturales de todos y proclamarlos... Para seguir el orden natural de la organización social hay que proceder, antes de toda ley constitucional, a la redacción de un pacto social. Este acto debe ser intermedio entre la declaración de derechos, que le sirve de base, y la Constitución, a la que sirve de barrera y regulador. Si el pacto social difiere de una simple declaración de derechos, difiere más aún de un acto constitucional. Hacer un pacto social es redactar el instrumento por el

²³⁶ Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp. 31 y 32.

²³⁷ Cfr. en este sentido, Zwieg, E., *Die Lehre...*, cit., nota 62, p. 132; Arnould, G., *De la révision...*, cit., p. 32.

²³⁸ Cfr. a este respecto y por todos, Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, cit., nota 13, p. 28.

que ciertas personas consienten formar una asociación con tales o cuales condiciones previas. Hacer una Constitución, por el contrario, es únicamente determinar la forma de gobierno... En un caso se crea la sociedad, en el otro se organiza.²³⁹

No hace falta demasiada sagacidad para comprender que de esta ordenación del proceso constituyente se deriva uno de los mayores absurdos y más escandalosas contradicciones que había presentado el Estado constitucional liberal en la vieja Europa.²⁴⁰ Contradicción a la que ni siquiera escaparía Sieyès. Nos referimos, claro está, a la singular paradoja que se derivaba de la secuencia lógica con la que los revolucionarios liberal-burgueses ordenaban el proceso constituyente. Y es que al entender que los derechos fundamentales sirven de base a la conclusión de un pacto social que, a su vez, actúa de barrera y regulador del acto constitucional, lo que sucede no es si no que habiendo definido al *Pouvoir Constituant* como un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, en la práctica, y como consecuencia de la búsqueda de mecanismos de defensa de la libertad, los liberales condenaban, sin embargo, al legislador que elabora, discute y aprueba la Constitución a verse constreñido por los márgenes trazados en las declaraciones de derechos.

Así se entendió en la propia práctica revolucionaria, y tanto por los políticos liberales como por los adscritos al democratismo radical. Piénsese, en este sentido, que entre los primeros, el límite que el momento de la libertad suponía para el contenido de la voluntad del Poder Constituyente sería puesta claramente de manifiesto por Desmeunier cuando no duda en afirmar, en el seno de la Constituyente de 1791, que “es necesario redactar previamente una Declaración de derechos, que precederá a la Constitución francesa, es decir, una declaración de principios aplicables a todas las formas de gobierno”, pues “la declaración contendrá los verdaderos principios del hombre y el ciudadano. Los artículos de la Constitución sólo serán las consecuencias naturales de ella”.²⁴¹ La misma idea está, como decimos, presente en los jacobinos. Nada de extraño tiene, en tales circunstancias, y par-

²³⁹ Isnard, *Archives Parlementaires*, vol. LXIV, p. 417, citado por Vega, P., de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 13, p. 28.

²⁴⁰ Cfr. a este respecto, Vega, P. de, “En torno...”, *op. cit.*, nota 3, pp. 712-713; “Mundialización y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 13, pp. 40-43.

²⁴¹ Desmeunier, *Archives parlementaires*, vol. VIII, p. 334, citado por R. Carré, R., *Teoría general...*, *cit.*, nota 54, p. 1.164, nota 2.

tiendo de los presupuestos desde los que partía, que Maximilien de Robespierre,²⁴² mostrase su radical oposición a que en el que sería el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789 se contuviera la mención al principio de división de poderes, ya que, con ello, no se estaba si no hurtando al *Pouvoir Constituant* la decisión sobre si debía, o no, incluirse en la Constitución.

Sea de ello lo que sea, lo que ahora interesa es conocer en que se concretaban cada uno de los momentos de los que se integra el proceso constituyente. A ello vamos a dedicar, de manera sucinta, nuestra atención en las páginas que siguen.

En este sentido, comenzaremos indicando que la esencia del momento de la libertad no puede ser más clara. Concibió Wise el primero de los momentos del proceso constituyente como aquél en el que de lo que se trata es de determinar la “libertad civil” que va a corresponder a los ciudadanos de la nueva comunidad política. Libertad civil que para nuestro autor no es otra cosa que aquella parte de la libertad natural que permanece en poder de los individuos una vez que éstos han abandonado el estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil. La materialización de esa libertad civil se concretará, de acuerdo con el reverendo Wise, en un mínimo que, en todo caso, ha de corresponderse con la “libertad de los hombres ingleses”. Sienta, de esta suerte, Wise las bases para la posterior distinción entre los derechos humanos, la “libertad natural”, y los derechos fundamentales, la “libertad civil”, que gravitará inevitablemente sobre la problemática de los derechos fundamentales desde que, con la aprobación, el 12 de junio de 1776, del *Bill of Rights* de Virginia, comenzó su propia historia²⁴³ hasta nuestros días.²⁴⁴

²⁴² Cfr. Duguit, L., *La separación de poderes...*, cit., nota 157, p. 23.

²⁴³ Sobre el inicio de la historia de los derechos fundamentales, cfr. Jellinek, G., *Sistema...*, cit., nota 95, p. 105; *Teoría general...*, cit., nota 95, p. 391.

²⁴⁴ Buena prueba de ello es, de modo indudable, la polémica que desde 1998 se está desarrollando en España sobre la posible compatibilidad del derecho de autodeterminación, en tanto que *ius secessionis*, con la Constitución de 1978 y, en su caso, su posible ejercicio directo por parte de alguna de las actuales colectividades-miembro, estando esta última en vigor. Resumiendo al máximo el problema, las posturas al respecto pueden agruparse en dos grandes bloques. Uno que es el que defienden el PNV y sus “juristas de corte, entiende que da igual que el derecho de secesión no haya sido expresamente sancionado en el vigente texto constitucional español, o, incluso, que el mismo fuera contundentemente, y tanto de forma directa como indirecta, rechazado por el Constituyente de 1977-1978, y ello por que al tratarse de un derecho humano, por un lado, y al convertir el artículo 10.2 CE a las normas internacionales sobre derechos humanos en instru-

De una manera muy básica, lo que sucede es que mientras que la “libertad natural” —derechos humanos, es igual en todas partes, la “libertad civil” —derechos fundamentales, por el contrario, puede en cambio diferir, incluso substancialmente, de un Estado a otro.

La propuesta del reverendo John Wise fue rápida y ampliamente aceptada en la práctica. Su pensamiento, en efecto, se encontrará muy presente en la primera declaración de derechos que conoce la historia. De manera prácticamente literal fue recogido en el *Bill of Rights* de Virginia, en donde, estableciendo lo que habría de constituir el núcleo fundamental de la libertad burguesa,²⁴⁵ se proclamó que “I. Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”.

mentos principalísimos para la interpretación de las normas constitucionales declarativas de derechos fundamentales (cfr. sobre este particular Canosa Usera, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, 1988, p. 193), por otro, lo que sucede es que el *ius secessionis* ha de entenderse vigente, aunque sea de manera tácita, en el sistema jurídico-político español y, en consecuencia, podría ser ejercido libremente por las comunidades autónomas. Véase, en este sentido y por todos, Rodríguez-Zapata Pérez, J., “Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1999, p. 103-124. La otra postura, como es obvio, niega, desde los más variados puntos de vista y posicionamientos ideológicos, la compatibilidad del derecho de secesión, y el de la creación de un Estado libre asociado, con la vigente Constitución española y, por tanto, la inviabilidad de su ejercicio mientras aquella esté en vigor. Los argumentos centrales de esta postura son dos: 1. Que en el marco del constitucionalismo moderno, y en cualquiera de sus etapas, al Estado únicamente puede oponérsele la libertad civil aceptada y establecida por la propia comunidad política. 2. Que en el Estado constitucional, y mucho más en su manifestación estructural de “Estado constitucional democrático y social”, la libertad civil se encuentra única y exclusivamente integrada por aquellos derechos que el *Pouvoir Constituant*, como poder absoluto, soberano e ilimitado, ha querido consagrar como derechos fundamentales. Por comodidad, cfr. a este respecto, Ruipérez, J., “El *ius secessionis* en la confrontación derechos humanos-derechos fundamentales. Algunas reflexiones sobre las últimas propuestas de los partidos nacionalistas en España”, *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, cit., nota 32, pp. 239-294.

²⁴⁵ Sobre el contenido y significado de la libertad burguesa, cfr. Hesse, K., *derecho constitucional...*, cit., nota 92, pp. 33-45; Rescigno, G. U., *Corso...*, cit., nota 92, pp 216 y ss.

En todo caso, la propuesta realizada por el reverendo Wise, acabó convirtiéndose en uno de los elementos indispensables para la existencia misma del Estado constitucional. En efecto, han sido, entre otros, Battaglia,²⁴⁶ Loewenstein,²⁴⁷ Pérez Serrano²⁴⁸ y De Vega²⁴⁹ quienes han puesto de manifiesto que la primera tarea que abordaron los revolucionarios liberal-burgueses de las antiguas colonias británicas en América, como posteriormente y siguiendo su modelo, harían también los franceses,²⁵⁰ fue la de proceder al reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta, que se concretaba en el plano normativo en las declaraciones de derechos fundamentales. Sólo en un momento posterior, y como mecanismo de garantía de aquéllos, es cuando se procede a la aprobación de la Constitución, es decir, a la organización política de la comunidad sobre la base de la división de poderes.

Importa indicar que a este mismo esquema responde, de una u otra suerte, el constitucionalismo federal estadounidense.²⁵¹ Es cierto que formalmente el proceso constituyente federal se desarrolló en Estados Unidos de un modo bien diverso a como se había verificado en los Estados-miembros, de suerte tal que una vez que se había celebrado el momento del pacto social y procedido a la redacción y aprobación del texto constitucional fue cuando, por exigencia de algunas colectividades federadas —entre ellas Massachusetts— para su ratificación se procedió vía enmienda, a la incorporación de la declaración de derechos en la Constitución federal. Ahora bien, si esto es así, no puede sin embargo, olvidarse que si el Constituyente de Filadelfia optó por no sancionar inicialmente los derechos en el código federal fue porque pensó que no era necesario hacerlo.²⁵² Nos encontramos, a mi juicio, ante un palmario ejemplo de lo que Antonio la Pergola²⁵³ deno-

²⁴⁶ Cfr. Battaglia, F., “Declaraciones de derechos”, *Estudios de teoría del Estado*, cit., nota 187, pp. 184-188.

²⁴⁷ Cfr. Loewenstein, K., *Teoría...*, cit., nota 25, p. 192 en relación con lo dicho en p. 189.

²⁴⁸ Cfr. Pérez Serrano, N., *Tratado...*, cit., nota 45, p. 462.

²⁴⁹ Cfr. Vega, P. de, “Constitución y democracia”, *op. cit.*, nota 52, p. 69; “Supuestos políticos...”, *cit.*, nota 33, p. 401.

²⁵⁰ Cfr. Jellinek, G., *La Declaración...*, cit., nota 95 pp. 88-92.

²⁵¹ En este mismo sentido, cfr. Roura Gómez, S. A., *La defensa...*, cit., nota 45, pp. 35 y 36, nota 13.

²⁵² Cfr. en este sentido, Amar, A. R., *The Bill of Rights. Creation an Reconstruction*, Harrisonburg (Virginia), 1998, pp. 124 y ss.

²⁵³ Pergola, A., la, *Residui “contrattualistici” e struttura federal nell’ordinamento degli Stati Uniti*, Milán, 1969.

mina *residui contrattualistici*. Esto es, se trata de soluciones que se incorporan a la Constitución federal y que aparecen condicionadas por la situación jurídica y política de la anterior etapa confederal. Si se acepta esto, nuestra anterior afirmación resulta evidente. En efecto, lo que sucede es que, de igual manera que, porque no tenía como destinatarios a los ciudadanos, sino a los Estados,²⁵⁴ se entendió que no era misión de los *articles* determinar la libertad civil, tampoco el texto federal debía abordar tal problemática, remitiéndose, en uno y otro caso, a lo establecido por las Constituciones estatales.

No vamos a entrar aquí a indicar cuál era la filosofía que, a uno y otro lado del Atlántico, animó la actuación de los primeros revolucionarios liberal-burgueses a la hora de establecer las declaraciones de derechos. A ello nos referiremos en un momento posterior. Justamente cuando hablemos de la crisis actual del constitucionalismo.

El segundo de los momentos del pacto a que se refiere Wise es el del “pacto social”. Su finalidad no puede ser más clara. De lo que se trata es precisamente de proceder a la creación de la comunidad política. Lo que se hará mediante el acuerdo, o pacto político, de los diversos individuos que van a integrarla. Dos son, fundamentalmente, las observaciones que de manera inmediata han de realizarse para alcanzar una ponderada y cabal comprensión del pacto o contrato social.

En primer lugar, es menester aclarar que frente a la crítica generalizada en el positivismo y que acaso encuentre su máxima expresión en la rotunda afirmación de Jellinek²⁵⁵ de que ningún Estado puede nacer de un contrato, ni siquiera el Estado federal —afirmación que, por otra parte, resulta absolutamente correcta cuando la misma se contrapone a los intentos de, por ejemplo, Meyer y Le Fur²⁵⁶ de explicar el nacimiento del *Bundesstaat* en

²⁵⁴ Referido, con carácter general, a la forma *Staatenbund* y no sólo al supuesto estadounidense, *cfr.* sobre este particular, Meyer, G., *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, 6a. ed., Leipzig, 1899, pp. 39-41; Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, *cit.*, nota 54, p. 103, nota 3. En contra de esta opinión se manifiesta Louis le Fur, para quien “la naturaleza de la confederación de Estados no excluye de ningún modo una acción directa del poder central sobre los individuos”, *État fédéral et confédération d'États*, París, 1896, p. 723.

²⁵⁵ *Cfr.* Jellinek, G., *Teoría general...*, *cit.*, nota 95, p. 585.

²⁵⁶ *Cfr.* Meyer, G., *Lehrbuch...*, *cit.*, pp. 176 y ss.; Fur, L., le, *État fédéral...*, *cit.*, pp. 560 y ss. A la doctrina de estos autores, y con carácter general, se oponen también Rehm, H., *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1907, pp. 127 y ss.; Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, *cit.*, nota 54, pp. 138 y 139. De una manera más concreta, la oposición de Je-

términos jurídicos, pero sólo en este supuesto—, el pacto social no es, ni mucho menos, un contrato real de los que operan en el tráfico jurídico ordinario, reconducible, por tanto, a la teoría general de la contratación civil. Antes al contrario, ocurre que, como señaló Borgeaud,²⁵⁷ el pacto social ha de ser entendido como una hipótesis de derecho puro, destinada a explicar la situación recíproca de los individuos, ciudadanos de un Estado libre. El propio Rousseau había puesto ya de manifiesto este carácter hipotético del pacto social, cuando escribió que las “cláusulas de este contrato están tan determinadas por la naturaleza del acto que la menor modificación las convertiría en vanas y de efecto nulo; de suerte tal que, aunque seguramente no han sido nunca enunciadas de modo formal, son en todas partes las mismas, y en cualquier lado se encuentran tácitamente admitidas y reconocidas”.²⁵⁸

Debe, en segundo término, dejarse absolutamente claro que la celebración del pacto social no es algo privativo de aquellos supuestos en los que, como sucedió en Norteamérica, se trata de fundar o crear el propio Estado, sino que puede también tener lugar en el marco de Estados ya creados. De manera absolutamente necesaria, el pacto social habrá de tener lugar cuando se verifiquen situaciones revolucionarias, violentas o no violentas. En la primera coyuntura, el supuesto de las antiguas colonias o incluso el de la Federación estadounidense, el pacto social sí tiene la dimensión de acto fundacional del propio Estado. En la segunda éste tendrá si no un carácter fundacional, sí al menos refundacional. El pacto social se tra-

llinek (*Die Lehre...*, cit., nota 95, pp. 256 y ss; *Teoría general...*, cit., nota 95, pp. 582 y ss.) a las tesis de Meyer y Le Fur se explica por cuanto que él, como también Philipp Zorn (*Das Staatsrecht...*, cit., nota 228, t. I, p. 30), entienden que el origen del Estado federal se encuentra en un hecho, el *Nationale Tat*, que, en modo alguno puede ser objeto de construcción jurídica. Porque esto es así, nos encontramos con que, de manera paradójica, Jellinek —sin duda el más válido de los autores de la Escuela Alemana de Derecho Público— que, como entusiasta defensor del positivismo jurídico, había sido tan crítico con la tesis rousseauiana del pacto social, en el fondo coincide plenamente con ella. Se comprende, de esta suerte, el porqué, por mucho que le molestara al propio Jellinek, Meyer pudo afirmar que la doctrina de aquél resultaba tan sólo útil para explicar el nacimiento de los Estados federales democráticos. Al fin y al cabo, no puede olvidarse que la apreciación de que el Estado federal es el fruto de un hecho, y no del derecho, encuentra su máxima expresión en la afirmación de Zorn (*Das Staatsrecht...*, cit., nota 228, t. I, pp. 39 y ss.) de que el establecimiento de un Estado federal verdadero y perfecto sólo es posible en una república democrática, donde el pueblo, y no el monarca, sea reconocido como el titular de la soberanía.

²⁵⁷ Cfr. Borgeaud, C., *Établissement...*, cit., nota 71, p. 25.

²⁵⁸ Rousseau, J. J., *Du contrat social...*, cit., nota 85, libro I, capítulo VI, p. 51.

duce ahora, en la ratificación del deseo de los ciudadanos de mantenerse unidos en la misma comunidad política, bien que articulada con base en otros principios y valores a los que, como pueblo soberano, va a darse expresión normativa en el nuevo código jurídico-político fundamental, rompiendo con la situación jurídica anterior. Esto fue lo que sucedió, por ejemplo y como nos dice Arnoult,²⁵⁹ en Francia en 1789-1791, momento de la ruptura total con el antiguo régimen, y 1792-1793, renunciando a la solución del texto de 1791 para aprobar otro, y es, también, lo que, en la historia constitucional española, sucedió en 1812, 1869, 1873, 1931 y como ya quedó indicado y le pese a quien le pese, en 1978.

El resultado del pacto social es, en definitiva, el nacimiento de un Estado o un gobierno civil. Estado que será concebido por Wise como “A Compound Moral Person, whose Will... is the Will of all; to the end it may Use, and Apply the strength and riches of Private Persons towards maintaining the Common Peace, Security, and Wellbeing”.²⁶⁰

La forma en que se desarrollará este segundo momento del proceso constituyente, es descrita por el “más conspicuo mentor de la revolución” en los siguientes términos:

Permitidnos concebir en nuestra Mente una multitud de Hombres, todos ellos Naturalmente libres e Iguales, emprendiendo de manera voluntaria la formación de una nueva Comunidad política (*Common-Wealth*) entre ellos mismos. Siendo ahora tal su Condición, para convertirse ellos mismos en un Cuerpo Político, deben necesitar Entrar en diferentes *Covenants* [pactos] ... 1. Cada Hombre de forma intercambiable debe comprometerse firmando el *covenant* a formar parte de una Sociedad duradera, en la que serán capaces de decidir las medidas para su seguridad, por un Voto Público.²⁶¹

La ruptura con la concepción sacra del Estado y, con ello, de la política se hace manifiesta de esta suerte.

Es menester indicar de manera inmediata que si como acabamos de ver, es a través del pacto social como se crea la comunidad política; es lo cierto, sin embargo, que esta no es su única finalidad y virtualidad. Tanto o más importante que aquélla es la de que con su celebración, porque se produce con ello un cambio en el principio de legitimidad, se está procediendo a

²⁵⁹ Cfr. Arnoult, G., *De la révision...*, cit., pp. 25, 53 y ss., y 56 y ss.

²⁶⁰ Wise, J., *A Vindication...*, cit., nota 80, p. 45.

²⁶¹ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

identificar al titular de la soberanía en el marco del Estado constitucional naciente. La razón es fácilmente comprensible. Debe tomarse en consideración que cuando los distintos individuos, a través de su adhesión al pacto social, consienten en formar una asociación, es decir, en crear una única comunidad política —el Estado— como unidad organizada de decisión y acción política, lo que en realidad hacen es culminar ese proceso, magníficamente descrito por Althusius en su *Política*, por el cual cada uno de los ciudadanos, que son los verdaderos titulares de la soberanía, cede su ejercicio a una nueva entidad superior a cada uno de ellos, y a la vez, y esto es lo importante, englobadora de todos ellos. Así, los individuos se integrarían en la familia, las distintas familias en el Municipio, éstos en las Provincias y, finalmente, las Provincias se unirían para formar el Estado. Aparece, de esta suerte, el concepto de pueblo como entidad política unitaria superior en la que, al modo descrito por Rousseau,²⁶² cada uno de los ciudadanos, y cada uno de los grupos en los que éste se asocia, se integra perdiendo, entonces, su individualidad.

El pueblo o la nación queda de esta forma afirmado como el único sujeto titular de la soberanía en el Estado. Es en este contexto donde con independencia de que se trate de una idea americana, como sostenía Lafayette, o de como quería hacer ver Sieyès, un producto del genio francés, surgirá, y además, en toda su grandeza e intensidad, el concepto del Poder Constituyente. En una primera aproximación, éste vendría definido por tener una naturaleza de *res facti, non iuris*. Esto es, nos encontramos ante un poder político existencial y fáctico, que brota espontáneamente de la propia comunidad que decide darse la Constitución,²⁶³ cuya actuación no puede quedar constreñida por los estrechos límites de un derecho que encuentra en él su fuente última, ni, mucho menos, por un ordenamiento jurídico anterior a su propio nacimiento. Aunque, como es lógico, la aparición de un nuevo *Pouvoir Constituant* no supone, ni puede suponer, la derogación total e inmediata de todas las normas jurídicas anteriores al nuevo texto constitucional, sino sólo de aquellas que se oponen materialmente al mismo,²⁶⁴ es lo cierto, empero, que su mera irrupción en la escena política implica la creación de un orden

²⁶² Cfr. Rousseau, J. J., *Du contrat social...*, cit., nota 85, libro I, capítulo VI, pp. 51 y 52.

²⁶³ En este sentido, cfr., Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político*. II..., cit., nota 31, pp. 583 y 584.

²⁶⁴ Cfr. por ejemplo, Zagrebelsky, G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Turín, 1984, p. 5.

jurídico y político totalmente nuevo, del que él, el Poder Constituyente, no sólo es la fuente, sino también su punto de referencia inexcusable.

Lo anterior, según nuestro modesto entender, pone de manifiesto la nota esencial del pacto social, y que, en todo caso, constituye el fundamento último del buen funcionamiento del Estado constitucional. Nota que se refiere a la importancia y transcendencia que la voluntad del Constituyente, como poder soberano, absoluto e ilimitado, juega no sólo a la hora de establecer el régimen, sino también para su desarrollo y consolidación. Me refiero, obvio debiera resultar decirlo, a la circunstancia de que el pueblo, como Poder Constituyente, puede, porque es el soberano, imponer su voluntad a todos y cada uno de los ciudadanos individualmente considerados y, en definitiva aprobar, establecer y sancionar la Constitución.

Creada la comunidad, y habiendo surgido el soberano, dará comienzo la tercera y última etapa del proceso constituyente: el momento constitucional. Su cometido es evidente. Una vez que se ha reconocido la existencia de esa esfera de libertad individual, la preocupación de los revolucionarios liberal-burgueses se centrará en lograr que aquélla sea eficaz. Para ello, se procederá, con la aprobación del texto constitucional, a la organización política del Estado sobre la base de la división de poderes. El pensamiento de Locke²⁶⁵ y de manera fundamental, el de Montesquieu, hace su entrada en el ámbito normativo fundamental. De lo que se trata, en definitiva, es de asegurar al ciudadano el disfrute del mayor grado posible de libertad mediante el establecimiento de un sistema en el que “el poder frene al poder”,²⁶⁶ en cuyo seno “los tres poderes permanecerán así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo”.²⁶⁷

II. LA EFICACIA DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DEL *POUVOIR* *CONSTITUANT* COMO PRESUPUESTO DE LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: EL MODELO ESTADOUNIDENSE

Surgida de este modo, tanto en el nuevo como en el viejo continente, la nueva forma de organización político-estatal; lo que realmente nos interesa

²⁶⁵ Cfr. de manera básica, Locke, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1690), Madrid, 1991.

²⁶⁶ Montesquieu, *Del espíritu...*, cit., nota 61, libro XI, capítulo IV, p. 106.

²⁶⁷ *Ibidem*, capítulo VI, p. 113.

destacar aquí y ahora, es la inescindible relación que existe entre la teoría democrática del Poder Constituyente y la propia fortuna de la forma política *Estado constitucional*. Tanto es así que en modo alguno resultaría exagerado afirmar que la historia del Estado constitucional es la historia de la lucha por el principio democrático y su real efectividad.

Ninguna duda puede albergarse en relación con la tradición jurídico-constitucional estadounidense. Basta pensar en ese fenómeno que, aunque no siempre bien entendido en sus causas últimas, ha causado gran admiración entre los juristas europeos,²⁶⁸ y de manera particular a los españoles.²⁶⁹ Nos referimos, innecesario debiera ser el advertirlo, a la circunstancia de que, desde el primer momento, las Constituciones de los distintos Estados y, de manera más evidente, el texto federal de 17 de septiembre de 1787 fueron comprendidos como las leyes supremas en el Estado, dotadas en consecuencia, de eficacia jurídica real.

Lo anterior, aunque de manera evidente e indiscutible tiene repercusiones jurídicas, se debe tan sólo a las circunstancias políticas que concurrieron en el momento de la independencia de las colonias y el nacimiento de la república federal. Esto es, el que los documentos de gobierno estatales y federal gozasen de una verdadera eficacia jurídica se explica, única y exclusivamente, porque en Estados Unidos, en buena medida como corolario necesario de su origen como repúblicas que habían roto toda relación jurídica y política con la corona británica,²⁷⁰ la forja del Estado constitucional se llevó

²⁶⁸ Véase en este sentido, Barile, P., *La Costituzione come norme giuridica*, Florencia, 1961.

²⁶⁹ Véase a este respecto, García de Enterría, E., “La Constitución...”, *op. cit.*, nota 190, pp. 97-158; Otto, I. de, *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 13 y 14; Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, 1996, pp. 152 y ss., 154 y 172 y ss.; Blanco Valdés, R. L., *El valor de la Constitución. Separación de Poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994, *passim*.

²⁷⁰ A este respecto, no está de más recordar las palabras de Thomas Jefferson, en la redacción de la Declaración de Independencia. El ilustre político virginiano escribía entonces que “Cuando, en el curso del devenir humano, un pueblo se ve obligado a disolver los lazos políticos que lo han ligado a otro, asumiendo entre las potencias de la tierra el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de la naturaleza le dan derecho... Por consiguiente, nosotros, los representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en Congreso General, poniendo al supremo juez del mundo por testigo de la rectitud de nuestra intención, en nombre y autoridad del buen pueblo de estos Estados [estas Colonias, en la redacción final], *rechazamos y repudiamos toda fidelidad y sometimiento a los reyes de Gran Bretaña y a cualesquiera otros que en lo sucesivo, por ellos, mediante ellos o bajo ellos, pudieran reclamarlas; disolvemos plenamente todo vínculo*

a cabo desde la aceptación plena, total y absoluta de la teoría democrática del Poder Constituyente del pueblo. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que es justamente porque sin reservas de ningún tipo se acepta, afirma y proclama el principio democrático, que pudo realizarse la transformación del dogma político de la soberanía popular en el dogma jurídico de la supremacía constitucional.²⁷¹ Es, así mismo, porque en Estados Unidos se afirmó el principio democrático y porque la Constitución —por decirlo con Thomas Paine—²⁷² se convierte en la reina, por lo cual, en última instancia, aquélla pudo desplegar sus plenos efectos políticos y jurídicos. Al concebir el texto constitucional como la obra de un pueblo que, por ser soberano, puede imponer su voluntad a todos (Wise, Heller, etcétera), el código jurídico-político fundamental se erige en esa *lex superior*, que se define por ser una norma de obligado cumplimiento, cuyos mandatos se imponen tanto a la voluntad de los ciudadanos aisladamente considerados, como, y esto es lo realmente importante, a la de quienes en cada momento ocupasen el poder político.

A esta sujeción al texto constitucional se encuentra, como no podría ser de otra forma, dada su condición de poder constituido, el Poder Judicial. Y así se entendió en Estados Unidos desde siempre. Las palabras que, al tratar de explicar al pueblo de Nueva York el proyecto de Constitución federal, dedicó Publio²⁷³ al Poder Judicial, no dejan lugar a la duda. El razonamiento de Alexander Hamilton no puede ser, en este sentido, más claro:

*político que hasta hoy pueda haber subsistido entre nosotros y el pueblo o Parlamento de Gran Bretaña; y finalmente afirmamos y declaramos que estas Colonias unidas son Estados libres e independientes, y que como Estados libres e independientes, tienen plenos poderes para hacer la guerra, acordar la paz, concertar alianzas, comerciar y realizar cuanta cosa o acción puede en derecho realizar un Estado independiente". Véase, Jefferson, T., "Autobiografía", *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, 1987, pp. 23 y 24, 29 y 30.*

²⁷¹ Cfr., a este respecto y por todos, Vega, P. de, "Constitución y democracia", *op. cit.*, nota 52, pp. 71 y 72; *La reforma constitucional...*, *cit.*, nota 54, p. 25. La idea de que el principio democrático, es decir, el que la Constitución ha de ser elaborada por el Poder Constituyente del pueblo, es el fundamento último de la supremacía constitucional, puede verse también, en Trujillo, G., "La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control", *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, 1970, p. 17.

²⁷² Cfr. Paine, T., "El sentido común (dirigido a los habitantes de América)" (1776), *El sentido común y otros escritos*, Madrid, 1990, p. 42.

²⁷³ Cfr. Hamilton, A., Madison, J., y Jay, J., *El Federalista*, *cit.*, nota 229, núms. LXXVIII, LXXVIX, LXXX, LXXXI, LXXXII y LXXXIII, pp. 330-365.

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier otra ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.²⁷⁴ Se sentaban, de este modo, las bases para el posterior establecimiento del control de constitucionalidad de las leyes.²⁷⁵

Ahora bien, para que todo esto fuera posible, no bastaba con la afirmación del principio democrático. Por el contrario, y como a nadie puede ocultársele, es menester dotar al principio de la soberanía popular de una auténtica eficacia. Problema que se plantea por cuanto en el Estado constitucional operan dos principios claramente contrapuestos y que, no obstante, han de conciliarse, a saber:

Por un lado, ocurre como indican Carl Friedrich²⁷⁶ y Martin Kriele,²⁷⁷ uno de los rasgos característicos más notorios del Estado constitucional es el de que, cuando menos en condiciones de normalidad, en su interior no hay soberano. Lo que, por lo demás, no es sino una exigencia para el buen funcionamiento, e incluso, la posibilidad misma, de esta forma de organización política. En efecto, fue ya Schmitt²⁷⁸ quien puso de manifiesto que uno de los supuestos básicos y necesarios para el correcto funcionamiento del Estado constitucional, como Estado de derecho, es el de la proclamación y efectiva puesta en marcha de la división de poderes. Principio por el cual se entiende que todos los poderes que actúan en el Estado son poderes

²⁷⁴ *Ibidem*, núm. LXXVIII, p. 332.

²⁷⁵ Para la consideración de Hamilton como el primer gran teórico de la justicia constitucional, del que, por lo demás, tomó el juez John Marshall los fundamentos para la puesta en marcha del *Judicial Review* en la sentencia *Marbury versus Madison*, cfr. Haines, G., *The American Doctrine of Judiciary Supremacy*, 2a. ed., Berkeley, 1932, p. 140; Vega, P. de, "Jurisdicción constitucional", *op. cit.*, nota 165, pp. 93.

²⁷⁶ Cfr., Friedrich, C. J., *La democracia...*, cit., nota 114, pp. 33 y 34; *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, 1975, vol. I, p. 60; *El hombre...*, cit. nota 85, p. 372.

²⁷⁷ Cfr. Kriele, M., *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimación del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, 1980, pp. 149 y ss., 318 y ss.

²⁷⁸ Cfr. Schmitt, C., *Teoría...*, cit., nota 39, pp. 186-200.

constituidos, que han sido creados, o al menos ordenados, por la Constitución, y que reciben de ella todas sus competencias. Se excluye así, por incompatible, cualquier ejercicio de la soberanía una vez que el código constitucional ha entrado en vigor.

Esto nos coloca ante la idea de un soberano cuya actuación se define por su inmediatividad,²⁷⁹ de suerte tal que su manifestación sería, por decirlo en la afortunada expresión de Donoso Cortés, como “el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue”.²⁸⁰ Dicho más claramente, desde la lógica del moderno Estado constitucional, la función del Poder Constituyente se agota con la aprobación del texto constitucional, entrando, a partir de ese momento en juego, los poderes constituidos

Pero si esto es así, sucede por otro lado, que la virtualidad práctica de toda la construcción sobre la que descansa el Estado constitucional depende, en último extremo, de que la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, que es clara en el momento de establecer y sancionar la Constitución, se mantenga en el tiempo después que ésta ha sido aprobada.

La única manera posible de salvar esta contradicción será que el dogma político de la soberanía popular, que es el que actúa en el momento fundacional, se transforme en el Estado constitucional ya operante, en el dogma jurídico de la supremacía constitucional. Con ello se culminaría el proceso de despersonalización del poder político que, como es sabido, se encuentra en la base misma del concepto racional-normativo de Constitución, y que permite afirmar a Paine, Krabbe²⁸¹ y Kelsen²⁸² que la única soberanía posible en el Estado constitucional es la de la Constitución y el derecho. Pero al mismo tiempo, queda perfectamente asegurada la efectividad real del principio democrático, toda vez que “la soberanía popular mantiene su presencia indirecta en la vida del Estado a través, justamente, de la existencia del texto constitucional que es obra suya”.²⁸³

Así las cosas, de lo que se trata es de encontrar algún mecanismo para que el principio democrático encuentre su total eficacia y, con ello, se

²⁷⁹ Cfr. a este respecto, Pérez Serrano, N., “El Poder Constituyente”, *op. cit.*, nota 7, pp. 273-275.

²⁸⁰ Donoso Cortés, J., *Lecciones de derecho político* (1836-1837), Madrid, 1984, p. 72.

²⁸¹ Cfr. Krabbe, H., *Lehre der Reichssouveränität*, 1906, p. 97.

²⁸² Cfr. Kelsen, H., *Teoría general...*, *cit.*, nota 92, pp. 141 y ss.

²⁸³ Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, *cit.*, nota 54, p. 20.

haga real el principio de supremacía constitucional que de aquél se deriva. Idea que ciertamente, ha gozado de una gran aceptación teórica a lo largo de la historia de la humanidad, aunque no puede, sin embargo, olvidarse que tan sólo cobra verdadera entidad desde finales del siglo XVIII.²⁸⁴ Nos referimos, obvio es, al principio de rigidez constitucional, que hizo su entrada en la historia con la aprobación del artículo V de la Constitución estadounidense.²⁸⁵ Es, en efecto, a través del principio de rigidez constitucional por el cual se establece un procedimiento distinto y, de manera usual, más agravado que el previsto para actuar sobre las leyes ordinarias, como la Constitución se consolida definitivamente en la posición de *lex superior*²⁸⁶ que, en cuanto tal, se sitúa por encima de la dicotomía gobernantes-gobernados, obligando a ambos por igual. Vedel lo puso claramente de relieve cuando escribió:

Se representa generalmente a la rigidez constitucional como una consecuencia de la supremacía de la Constitución. Desde el punto de vista político, es exacto: es porque se quiere asegurar la supremacía de la Constitución por lo que se le da el carácter rígido. Pero jurídicamente, es tan sólo porque la Constitución es rígida por lo que se puede hablar de su supremacía, puesto que si ella no es rígida, no se distingue desde el punto de vista formal de las Leyes ordinarias.²⁸⁷

Interesa indicar a este respecto, que fue en el ámbito federal, y no en el regional,²⁸⁸ donde definitivamente y en virtud del principio de rigidez, se lo-

²⁸⁴ Cfr. en este sentido, Barthélemy J. y Duez, P., *Traité de droit constitutionnel*, París, 1933, nueva edición, p. 188; Finer, H., *Teoría...*, *cit.*, nota 216, p. 199; Bastid, P., *L'i-dée...*, *cit.*, p. 19.

²⁸⁵ Cfr. Hamilton, A. *et al.*, *El Federalista*, *cit.*, nota 229, núm. XLIII, pp. 187-189.

²⁸⁶ Cfr. a este respecto, Vega, P. de, "Comentario al Título X. De la reforma constitucional", *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979, pp. 359 y 360; "Supuestos políticos...", *op. cit.*, nota 33, p. 406. Se opone, sin embargo, a este entendimiento de la relación entre el *amending process* y el concepto de Constitución rígida, véase Cicconetti, S. M., *La revisione della Costituzione*, Padua, 1972, pp. 2-4.

²⁸⁷ Vedel, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, París, 1949, p. 117.

²⁸⁸ En relación a esta aseveración, debemos a Charles Borgeaud (*Établissement...*, *cit.*, nota 71, pp. 171-173, 176 y ss.) la advertencia de que si bien es cierto que las Constituciones estatales que las antiguas colonias fueron aprobando con anterioridad a la aprobación de la Constitución federal respondían, de manera clara e inequívoca, a la teoría democrática del Poder Constituyente del pueblo, es lo cierto que tales textos no contenían, como norma general, ninguna previsión sobre el modo en que podría verificarse su modificación formal. La excepción a esta regla se encuentra en la Constitución de

gra la transformación del dogma político de la soberanía popular en el dogma jurídico de la supremacía constitucional. Ciertamente es, a este respecto, que no ha faltado quien sostenga una tesis contraria. Este es el caso, por ejemplo, de Pace,²⁸⁹ para quien el Constituyente de Filadelfia, lejos de contribuir a fortalecer el principio de rigidez constitucional, lo que hizo, al introducir el criterio de la mayoría cualificada,²⁹⁰ fue justamente lo contrario, es decir,

Massachusetts de 1780, la cual preveía, en efecto, un procedimiento especial para, en todo caso después de transcurridos 15 años desde su aprobación, llevar a cabo su revisión (en cuanto al significado de este tipo de límites temporales a la reforma, *cfr.* Barthélemy, J., y Duez, P., *Traité...*, *cit.*, nota 284, pp. 231 y 232; *cfr.* también, y aunque expresamente referido al límite establecido en la Constitución española de 1812, Calzada Conde, R., “El principio configurador y garantista en la Constitución de Cádiz”, *Historia, literatura, pensamiento. Estudios en homenaje a María Dolores Gómez Molleda*, Salamanca, 1990, vol. I, pp. 294-297), procedimiento que se presentaba, en opinión de Borgeaud (*op. cit.*, nota 71, pp. 176 y 177), como un mecanismo ciertamente adecuado para realizar reformas totales del código fundamental, pero no para la hipótesis, mucho más frecuente, de las reformas parciales. Siendo así, no resulta exagerado afirmar que fue con el texto federal cuando realmente hizo su entrada en la historia el principio de rigidez, y que fue por emulación a éste como dicho principio se introdujo en las Constituciones estatales ya en el siglo XIX, siendo la Constitución de Connecticut, elaborada por la Convención de Hartford en 1818, la primera entre las estatales que, en su artículo 11, reguló el *amending process*, y de ahí pasaría a las Constituciones de Maine y Alabama, ambas de 1819, y, finalmente, acabaría imponiéndose en todos los textos de las colectividades-miembros.

²⁸⁹ *Cfr.* Pace, A., “La natural rigidez de las Constituciones escritas”, en A. Pace, A., y Varela Suanzes-Carpegna, J., *La rigidez de las Constituciones*, Madrid, 1995, p. 19.

²⁹⁰ Interesa advertir, a este respecto, que si bien es cierto que, como decimos, fue el texto constitucional estadounidense el que, de manera definitiva, vino a consagrar el principio de la mayoría cualificada para la aprobación de las revisiones constitucionales, fue también el propio Constituyente de Filadelfia quien estableció la excepción a dicha regla al exigir la unanimidad para un caso concreto de reforma: la composición del Senado prevista en el artículo I, sección 3a. 1. Esta es, sin duda —y como, entre otros, ha puesto de manifiesto Burgess, John W. (*Ciencia política y derecho constitucional*, Madrid, 1922, vol. I, p. 184)—, la consecuencia que se deriva del último inciso del artículo V de la Constitución estadounidense. En efecto, en la medida en que este precepto establece que “a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado”, lo que sucede no es si no que la transformación del actual Senado en una Cámara de representación territorial en la que los miembros estuvieran representados de manera proporcional a su población, no podrá realizarse por el *amending process* general previsto en el mismo artículo V, sino que, por el contrario, tal hipótesis exigiría que todos los miembros estuvieran conformes con la supresión del principio de igualdad de voto en el Senado. Así las cosas, y con independencia de que este supuesto pueda ser considerado como un evidente y palmario ejemplo de *residuo contrattualistico*, el significado práctico de este mandato del artículo V aparece meridiano. Fue, en este sentido,

debilitarlo. Particularmente, creemos mucho más acertada la interpretación de La Pergola²⁹¹ y De Vega.²⁹² Entienden éstos que fue, de manera concreta, el establecimiento de este procedimiento especial para llevar a cabo la reforma constitucional, así como el haber dado entrada al principio de la mayoría cualificada lo que, al romper el esquema pacticio propio de la Confederación, abrió el camino a la Constitución rígida.

La problemática de la reforma constitucional aparece, de esta suerte, inescindiblemente unida al fenómeno federal. Y es que nos encontramos con que, como señala Antonio la Pergola;

si no se quiere perder de vista el efectivo desarrollo de la idea de la Constitución rígida, no se puede, nos parece, olvidar que ella ha madurado precisamente en la tradición política americana, difundiéndose sólo después, también fuera del los ordenamientos federales, hasta penetrar, como es sabido, la esencia misma del Estado democrático moderno. De modo que, si bien el principio de rigidez reina hoy bien más allá del ámbito de las formaciones federales, no hay duda que la primera intuición y formulación —y en este sentido, el núcleo originario— de aquél, van asociados con el fenómeno del Estado federal, y en particular con el diseño y la obra de los *Founding Fathers*.²⁹³

Sea de ello lo que sea, lo que ahora nos interesa destacar es que la eficacia real del principio democrático, conforme al cual la soberanía sólo puede pertenecer al pueblo que ejerce el *Pouvoir Constituant*, se encuentra plenamente garantizada. Y con ello, se asegura también la verdadera virtualidad del principio de supremacía constitucional, según el cual gobernantes

lord James Bryce (*Constituciones...*, cit., nota 193, p. 78) quien puso de manifiesto que aunque, desde un punto de vista técnico-jurídico y formal, sería erróneo afirmar la inmodificabilidad del Senado, en tanto el Constituyente de Filadelfia no estableció ningún límite material expreso en tal sentido, es lo cierto, sin embargo, que el último inciso del artículo V adquiere, desde una perspectiva práctica y político-material, la virtualidad de actuar como una auténtica cláusula de intangibilidad. Al fin y al cabo, no puede olvidarse que, como muy bien entendió Carlo Esposito (*La validità delle Leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa; i vici degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milán, 1964, reimpresión inalterada de la edición de 1934, pp. 173 y 174), la adopción de procedimientos superagravados para la modificación formal del código jurídico-político fundamental equivale, de hecho, al establecimiento de cláusulas de intangibilidad.

²⁹¹ Cfr. Pergola, A., la, “La Confederación. 2. La forma moderna: El federalismo y sus contornos”, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, p. 117.

²⁹² Cfr. Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, op. cit., nota 33, p. 406; *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp. 40 y 41.

²⁹³ Pergola, A., la, *Residui...*, cit., nota 253, pp. 192-193.

y gobernando se encuentran sujetos a la Constitución. Es menester tomar en consideración que, como certeramente comprendieron, entre otros, Esmein y Mortati,²⁹⁴ el establecimiento de un procedimiento específico para llevar a cabo la revisión constitucional, en tanto permite la oposición ley constitucional-ley ordinaria, no hace sino consagrar de manera definitiva la distinción entre el soberano y los sujetos no soberanos que actúan en el Estado constitucional, al delimitar claramente la esfera de actuación de cada uno de ellos. La regulación legal-constitucional del *amending process* permite que esta separación se mantenga a lo largo de la vida del Estado constitucional. Y lo hace en la medida en que, merced a aquél, la contraposición Poder Constituyente-poderes constituidos se ve aquí completada con la irrupción de un nuevo sujeto, el poder de reforma, distinto a ambos.

De esta suerte, el esquema político inaugurado en Estados Unidos, como primera manifestación histórica del constitucionalismo rígido, tiene tres puntos de inexorable referencia en cuanto a sus posibilidades normativas:

1) Estaría, en primer término, el Poder Constituyente. En él reside la soberanía, y, por ello mismo, se presenta como el único sujeto legitimado para, con la aprobación del texto constitucional, fijar las bases políticas y las reglas jurídicas por las que ha de conducirse la nueva organización político-estatal. Sus principales características serían, por un lado, que al tratarse del titular de un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, el Legislador Constituyente se define como *res facti, non iuris*. Por otra parte, es también intrínseco al *Pouvoir Constituant* el que una vez que la Constitución ha sido aprobada y entra en funcionamiento, aquél desaparece de la escena política para entrar en una fase de letargo, de la que tan sólo saldrá cuando se haga necesario darse una nueva Constitución, dando paso así a la actuación de los poderes creados y ordenados por él mismo.²⁹⁵

2) En segundo lugar nos encontramos con el poder de revisión, que actúa dentro del Estado constitucional ya constituido, y que se configura como un poder extraordinario toda vez que, naturalmente, observando las exigencias y requerimientos legal-constitucionalmente previstos al efecto, es el único sujeto facultado para proceder a la modificación formal del código funda-

²⁹⁴ Cfr. Esmein, A., y Nézard, H., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. I..., *cit.*, nota 294, pp. 612 y 613; Mortati, C., *Istituzioni...*, *cit.*, nota 169, t. II, p. 1.225.

²⁹⁵ Cfr. en este sentido, Schmitt, C., *Teoría...*, *cit.*, nota 39, pp. 108 y 109; P. Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, *cit.*, nota 54, pp. 34-37 y 74-76.

mental. La naturaleza del legislador que reforma la Constitución ha sido, y es aún, una cuestión harto debatida en la doctrina. Los extremos de esta polémica van desde aquéllos que, siguiendo los planteamientos de Frochot en su discurso, de 3 de septiembre de 1791, ante la Asamblea Constituyente francesa, identifican a éste con el mismo Poder Constituyente que aprobó la ley fundamental, el cual de manera voluntaria admite la limitación en cuanto a las formas de expresión de su voluntad que, empero, continúa siendo ilimitada en su contenido material,²⁹⁶ hasta los que consideran que estamos en presencia de un auténtico poder constituido aunque extraordinario en cuanto que ejercita una facultad constituyente,²⁹⁷ pasando por quienes entienden que se trata de un mismo poder —el Poder Constituyente— actuando en dos momentos diferentes y con manifestaciones distintas: en el momento de aprobar el texto constitucional aparecería como un poder absoluto, soberano e ilimitado, mientras que cuando se trata de revisarlo aceptaría la limitación formal y material de su voluntad, decidida, eso sí, por él mismo.²⁹⁸

No podemos, como es obvio, detenernos aquí en la exposición pormenorizada de la anterior disputa. Lo que a nosotros interesa ahora es tan sólo el determinar cuál es el alcance de la obra de este poder de reforma. Para ello sí debemos, no obstante, indicar que a nuestro juicio debe descartarse la primera de las posturas antes citadas, y ello por cuanto que la misma conduce al más absoluto de los absurdos. Debemos, en este sentido, al doctor De Vega una observación fundamental:

En cualquier caso se trata de un poder autolimitado en el procedimiento, pero absolutamente libre y soberano en el objeto y en el contenido de su voluntad. Y, naturalmente, un poder que conserva sus plenas facultades soberanas y es

²⁹⁶ Cfr. en este sentido, Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho...*, cit., pp. 282-284; Vanossi, J. R. A., *Teoría constitucional. I...*, cit., nota 43, *passim*, especialmente pp. 188 y ss. De alguna manera, véase también, Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia*, cit., pp. 35 y ss.

²⁹⁷ Cfr. así y por todos, Schmitt, C., *Teoría...*, cit., nota 39, p. 114; Pérez Serrano, N., “El Poder Constituyente”, *op. cit.*, nota 7, pp. 266-269; Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp. 235-240.

²⁹⁸ Cfr. Crosa, E., *Diritto costituzionale*, Turín, 1937, p. 441. En el mismo sentido se pronuncian en España, por ejemplo, González Encinar, J.J., “La Constitución y su reforma. Con motivo del libro de Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, p. 369; Calzada Conde, R., *La reforma constitucional y la mutación en el ordenamiento constitucional* (tesis doctoral, inédita), Salamanca, 1987, vol. II, pp. 808 y 809.

libre en el objeto, por necesidad seguirá siendo un Poder Constituyente... Su condición de poder constituido en la forma y en el procedimiento no dependería, en definitiva, de la Constitución, sino de su propia voluntad. Igual que como poder libre y soberano, en determinados momentos, puede acatar los procedimientos de actuación establecidos en la norma fundamental, en otras circunstancias puede no hacerlo. Lo que equivale a indicar que las reformas constitucionales no serían explicables, en ningún caso, como resultado de la supremacía de la Constitución, capaz por sí misma de legalizar el cambio y controlar sus propios procesos de transformación, sino como producto de la voluntad autónoma y libre del Poder Constituyente. Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, todo esto quiere decir que, cuando la revisión se concibe como obra de un poder soberano en el objeto, aunque se presente como constituido y limitado en el procedimiento, la propia institución de la reforma constitucional, en cuanto expresión de la continuidad jurídica del ordenamiento, deja de tener sentido.²⁹⁹

Aceptado esto, la respuesta a nuestro interrogante aparece meridiana. En efecto, ya se entienda que entre el Poder Constituyente y el poder de reforma existe una nítida y definitiva diferencia, ya se sostenga que se trata del mismo Poder Constituyente actuando en dos momentos distintos; sobre lo que no puede caber duda alguna es que, como con gran brillantez y acierto pusiera de manifiesto Schmitt,³⁰⁰ la revisión de la Constitución es una facultad constitucional y, por ello mismo, se trata de una competencia limitada por la propia Constitución. Lo anterior significa que lo que, a la hora de revisar la ley fundamental, en ningún caso puede hacer el legislador Constituyente es excederse en las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas, entre las que, como no podría ser de otro modo, no está la de llevar a cabo actos revolucionarios.³⁰¹ Dicho de otro modo, porque “A través de la reforma se puede legalizar el cambio, pero lo que en ningún caso resulta posible es legalizar la revolución”,³⁰² evidente resulta que el poder de reforma no está facultado para, con la utilización del *amending process*, ni para elaborar, aprobar y sancionar una nueva Constitución, ni para proceder a los supuestos de, en terminología schmittiana, “destrucción” y “supresión” o

²⁹⁹ Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp. 229 y 230.

³⁰⁰ Cfr. Schmitt, C., *Teoría...*, cit., nota 39, p. 114.

³⁰¹ Cfr. a este respecto, Schmitt, C., *Teoría...*, cit., nota 39, p. 120; Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, p. 69 y 237-238.

³⁰² Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, p. 239.

“cambio” de la Constitución.³⁰³ Tales actuaciones quedan reservadas a la actuación del Poder Constituyente como sujeto *legibus solutus*.

Tal concepción del legislador que reforma la Constitución es, como ha demostrado Gabriel Arnoult,³⁰⁴ la que se adoptó ya en la Convención de Filadelfia cuando, frente a la idea de que la revisión era o debía ser facultad ilimitada, estableció una serie de materias que no podrían ser objeto de revisión, al menos en condiciones de normalidad. Y de Estados Unidos ha pasado al resto de los ordenamientos constitucionales. De esta suerte, nos encontramos con que nada impediría que el pueblo, como Poder Constituyente revolucionario, pudiera decidir darse una nueva Constitución, ya que, como soberano, tiene siempre ese derecho y, además, su actuación no podría verse restringida ni siquiera en la hipótesis de que existan límites materiales absolutos expresos.³⁰⁵ Así mismo, nada impediría, tampoco, el que pudiera verificarse el supuesto de la “reforma total” siempre y cuando la misma se entienda como la posibilidad de alteración de todo el articulado del texto constitucional bien que, como indica Mortati,³⁰⁶ debiendo respetar tanto los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, como todos aquellos principios y valores que, establecidos y sancionados por el Constituyente, caracterizan e individualizan la Constitución de que se trate.

3) Estaría, por último, el legislador ordinario. Estamos ahora ante un poder constituido, que ha sido creado por la Constitución y que, por lo tanto, le debe a la voluntad del Constituyente su existencia misma y todas sus facultades. De la anterior definición, se desprende, a nuestro juicio, sin dificultad que se trata de un poder que se encuentra plenamente facultado para la aprobación, modificación y derogación del derecho ordinario, pero que queda excluido de la actuación en el ámbito de la ley constitucional. De este modo Se daba cumplimiento a la tesis formulada en 1758 por Emer de Vattel, según la cual:

³⁰³ En relación con esta concepción, *cfr.* Schmitt, C., *Teoría...*, *cit.*, nota 39, pp. 119-122.

³⁰⁴ *Cfr.* Arnoult, G., *De la révision...*, *cit.*, pp. 588 y ss.

³⁰⁵ *Cfr.* en este sentido, Stern, K., *Derecho del Estado...*, *cit.*, nota 7, pp. 345-357; Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, *cit.*, nota 54, p. 267.

³⁰⁶ *Cfr.* Mortati, C., *Istituzioni...*, *cit.*, nota 169, t. II, pp. 1.241 y 1.242. En el mismo sentido, véase, Andriano Hernández, M., “Sobre las reformas constitucionales”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de Salamanca*, núm. 10-12, 1956, pp. 240 y 241.

La Nación puede confiar el ejercicio [de la potestad legislativa] al príncipe o a una asamblea, o al príncipe y a esta asamblea conjuntamente, los cuales están entonces facultados para hacer Leyes nuevas y abrogar las viejas. Se pregunta si sus poderes se extienden hasta Leyes Fundamentales, si pueden cambiar la Constitución del Estado. Los principios que hemos sentado, nos conducen ciertamente, a decidir que la autoridad de estos Legisladores no llega tan lejos y que las Leyes Fundamentales deben ser sagradas para ellos, si la Nación no les ha dado expresamente el poder para cambiarlas. Puesto que la Constitución ha de ser estable; y porque la Nación la ha establecido en primer lugar y ha confiado a continuación la *potestad legislativa* a ciertas personas, las Leyes Fundamentales están exceptuadas de su comisión. Al fin y al cabo, es de la Constitución de donde estos legisladores obtienen sus poderes. ¿Cómo podrían cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?³⁰⁷

Es, en todo caso, con base en esta doble distinción entre ley constitucional, ley de revisión y ley ordinaria, por una parte, y entre Poder Constituyente, Poder de Reforma y Legislador ordinario, por otra, cómo la supremacía de la Constitución adquiere su auténtico significado y verdadera eficacia, y tanto en su dimensión jurídico-política como en la estrictamente jurídica. Con ello, y esto es lo que ahora nos interesa, se salvaguarda la idea de que el pueblo, como titular de la soberanía, es el único sujeto legitimado para decidir los modos y las formas en que quiere ser gobernado. La razón es fácilmente comprensible.

No puede olvidarse, en primer lugar, que la institución de un procedimiento distinto —usualmente más agravado y difícil— para revisar la Constitución que el legal-constitucionalmente establecido para la aprobación, modificación o derogación de la legislación ordinaria, en lo que, al fin y a la postre, se traduce es en el reconocimiento de una cierta supremacía jurídica, formal y material, de la primera sobre las leyes ordinarias.³⁰⁸ Supremacía que se deriva de la circunstancia de que, como ha escrito De Vega;

la técnica de la reforma invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Las fórmulas contenidas en los aforismos *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* se verán sustituidas por esta otra:

³⁰⁷ Vattel, E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturel appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), Tubinga, 1989, libro I, capítulo III, 34, p. 44.

³⁰⁸ Cfr. en este sentido, Barthélemy, J. y Duez, P., *Traité...*, cit., nota 284, p. 187.

lex superior derogat legi inferiori. Lo que significa que la vulneración jurídica de la constitución por un ley posterior, perfectamente admisible en un sistema de constitución flexible, queda definitivamente aniquilada en un sistema de constitución rígida. Las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de Reforma, se presenten como revisiones constitucionales.³⁰⁹ El derecho constitucional, en definitiva, se convierte, merced a esta mayor resistencia a la modificación, en el derecho positivo de máxima rango en el Estado,³¹⁰ ante el que, en caso de conflicto, han de ceder, desde el principio y por principio, todas las demás normas jurídicas.

La soberanía popular queda, de este modo, a salvo toda vez que en caso de divergencia entre la voluntad del Constituyente y la del legislador ordinario será la primera la que deba prevalecer. Y ello tanto desde el punto de vista lógico-jurídico, como desde la óptica de la correcta práctica política del Estado constitucional.

En segundo término, debe tomarse en consideración que el principio de rigidez, conforme al cual se establece un procedimiento específico para llevar a cabo la modificación de la Constitución, distinto del legal-constitucionalmente previsto para aprobar, modificar o derogar las leyes ordinarias, lo que en realidad hace es perpetuar la distinción Poder Constituyente, como soberano, y poderes constituidos, extraordinarios (poder de revisión) u ordinarios, sobre la base de delimitar claramente el ámbito normativo donde cada uno de ellos puede operar. De este modo, se conjura, cuando menos en el plano teórico, el mayor peligro que puede tener el Estado constitucional: la confusión entre entre Poder Constituyente y poderes constituidos, que, a la postre, conduciría a la edificación de un constitucionalismo ficticio, antesala de etapas de dictadura más o menos encubiertas. En efecto, es en virtud del principio de rigidez como se asegura definitivamente que “ni el Poder Constituyente puede proyectarse más allá de sus funciones, asumiendo competencias propias de los poderes constituidos, ni los poderes constituidos pueden, por su parte, usurpar las atribuciones que únicamente corresponden al Poder Constituyente”.³¹¹

A la vista de lo hasta aquí expuesto, la conclusión a la que ha de llegarse es obvia. Es merced a la introducción del procedimiento de reforma como

³⁰⁹ Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, *op. cit.*, nota 33, p. 406.

³¹⁰ *Cfr.* a este respecto, Stern, K., *Derecho del Estado...*, *cit.*, nota 7, pp. 253-255.

³¹¹ Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, *cit.*, nota 54, p. 35.

los *Fonding Fathers* aseguraron que en la república estadounidense, en tanto que auténtico Estado constitucional, el único soberano que existe, y puede existir, es el pueblo de los Estados Unidos de América en su conjunto, como titular del Poder Constituyente.

Ahora bien, si esto es así, es lo cierto que la eficacia del principio democrático, —y con ello, como consecuencia lógica, la de la supremacía constitucional— no queda absolutamente garantizado por la sola presencia del *Amending Process*. Por el contrario, ocurre que para alcanzar el correcto y ponderado funcionamiento del Estado constitucional, es menester que el propio principio de rigidez se encuentre adecuadamente asegurado. Y es que de nada serviría establecer un procedimiento específico, especial y, usualmente más agravado que el legal-constitucionalmente previsto para actuar sobre la legislación ordinaria, para llevar a cabo la modificación formal de la Constitución, si no se establece, junto a aquél, algún mecanismo que garantice que la actuación de los poderes se va a desarrollar con total respeto al texto constitucional.³¹² Aparece, de esta suerte, el instituto del control de constitucionalidad de la ley como instrumento, según señala, por ejemplo, Kenneth Wheare,³¹³ complementario y, a la vez, y en cierto modo, excluyente de la técnica de la revisión. Su finalidad no es otra que lograr que todas las modificaciones de la Constitución, y que no puedan ser entendidas, y admitidas, como supuestos de mutación constitucional (*Verfassungswandlung*),³¹⁴ hayan de ser realizadas según lo dispuesto al efecto por la

³¹² Cfr. en este sentido, Jellinek, G., *Teoría general...*, cit., nota 95, p. 406; *Reforma...*, cit., nota 95, pp. 15 y ss. Kelsen, H., *Teoría generale...*, cit., nota 92, pp. 158-159 y 272-274, especialmente p. 274.

³¹³ Cfr. Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, 2a. ed., Barcelona, 1975, p. 117.

³¹⁴ En general sobre la *Verfassungswandlung*, cfr. Jellinek, G., *Reforma...*, cit.; nota 95, Dau Lin, H., *Mutación de la Constitución* (1932), Oñati, 1998; Hesse, K., “Límites de la mutación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, cit., nota 92, pp. 85-112; Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político. IV...*, cit., nota 31, pp. 158-223; Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp. 179-215; Calzada Conde, R., “Poder Constituyente y mutación constitucional, especial referencia a la interpretación judicial”, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid, 1988, vol. II, pp. 1.095-1.111. Con una relación directa con lo que se dice en el texto, interesa señalar que, en tanto el supuesto más importante de la mutación constitucional es la que tiene al juez constitucional como protagonista, ya que o bien es él mismo quien provoca la modificación no formal de la Constitución merced a su condición de intérprete supremo de ésta, o bien admite dicho cambio derivado de la actuación de los demás agentes políticos y jurídicos, no ha faltado quien, como por ejemplo Durand, atribu-

propia Constitución, procediendo, si no es así, a la anulación de la actuación legislativa de los poderes constituidos ordinarios.

De todo esto eran bien conscientes en la Convención de Filadelfia. Buena prueba de ello son los argumentos de Hamilton en favor de la fa-

ya al juez constitucional la cualidad de ser una especie de Poder Constituyente “secundario”, toda vez que, con su actuación, crea la que él denomina “Constitución secundaria”. *Cfr.* Durand, C., *Les États fédéraux. Étude de droit constitutionnel positif*, París 1930, pp. 96-109 y 241. En todo caso, debemos indicar que, como señalan, entre otros, Pergola, Antonio la (“La técnica constitucional de la autonomía”, en González Encinar, J. J. (comp.) *Autonomía y partidos políticos*, cit., nota 53, p. 43), en relación concreta con el supuesto estadounidense, y Pérez Royo Javier (*La reforma constitucional*, Madrid, 1987, pp. 23 y 29), la impronta de las facultades de interpretación actualizadora de la Constitución por parte de los jueces no sólo ha permitido que, por ejemplo el código fundamental norteamericano haya podido sobrevivir y continuar con plena eficacia durante más de dos siglos, y con muy escasas reformas, sino que la mayoría de los supuestos de modificación de los textos constitucionales se realicen, no mediante la puesta en marcha del proceso de reforma, sino a través de la *Verfassungswandlung*. En todo caso, debemos advertir que la circunstancia de que la mayoría de los supuestos de cambio constitucional se verifiquen como consecuencia de mutaciones constitucionales, y no a través de la reforma, se ha visto, de algún modo, favorecida por el quehacer de la doctrina científica. En este sentido, nos encontramos con que, aunque en rigor y como señala por ejemplo Klaus Stern (*Derecho del Estado...*, cit., nota 7, pp. 327-328), el simple número de reformas operadas no permite extraer consecuencias sobre el cómo cumple su función el texto constitucional, cosa que sí sucede con el contenido de las mismas, es lo cierto sin embargo que no ha faltado quienes, como por ejemplo Loewenstein, K., (*Teoría...*, cit., nota 25, pp. 174 y 175, 199-200) y Hesse, K., (“La fuerza...”, *op. cit.*, nota 91, p. 74; “Límites...”, *op. cit.*, nota 314, p. 90), han entendido que el acudir con frecuencia a la técnica de la reforma podría contribuir al debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución. Motivo por el que se afirmará la conveniencia de que el cambio constitucional se opere, siempre que sea posible, mediante la mutación constitucional y no a través de la puesta en marcha del procedimiento de reforma. Sin ánimo de ser exhaustivo, y aunque referido tan sólo a México, *cfr.* en este sentido, Nava Gomar, S. O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, México, 2003. Importa, en todo caso, advertir que la anterior afirmación es únicamente admisible si, como es el caso, se opera con el concepto técnico de mutación constitucional, que es el que surge con la obra de Hsü Dau Lin —con quien el fenómeno de la *Verfassungswandlung* deja de ser contemplado de manera puramente descriptiva y externa, para comenzar a ser estudiado científicamente— se generalizará en la doctrina tras la Segunda Guerra Mundial, y que, en España, ha sido especialmente trabajado y desarrollado por los integrantes del “Grupo Tierno”, en el que destacan los trabajos de Pablo Lucas Verdú, Pedro de Vega y Rogelia Calzada. Lo anterior significa que ha de descartarse el concepto de mutación constitucional con el que operaban, por ejemplo, Laband, P. (*Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresde, 1895; “Die Geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung”, *Jahrbuch der öffentlichen*

cultad de los jueces para interpretar la Constitución y las leyes, con los que, como ya hemos indicado, se sientan las bases para el establecimiento

Rechts, vol. I, 1907, pp. 1 y ss.) y Jellinek, para quienes aquélla se concretaba en cualquier discordancia entre la realidad jurídica (el texto de la Constitución tal y como fue formalmente aprobado) y la realidad política que, como expresión del llamado “poder normativo de lo fáctico”, y ante todo y sobre todo, en cuanto que en la mayoría de los supuestos venían a dar satisfacción a los intereses del rey, acaba imponiéndose a la propia norma jurídica escrita, formal y solemne, provocando, de este modo, una transformación de la Constitución que, siempre y en todo caso, ha de ser reputada como válida. Frente a esta concepción, intuyó ya Hsü Dau Lin que, al igual que la revisión constitucional (*Verfassungsänderung*) como supuesto de cambio formal del texto constitucional, la mutación debía ser considerada como una facultad constitucional que, además, y esto es lo importante, se verifica dentro de la propia Constitución. Naturalmente que, aunque el discípulo chino de Smend no las llegase a extraer, este cambio de comprensión habría de generar ciertas consecuencias. Y estas no son sino que las posibilidades de la *Verfassungswandlung*, como facultad constitucional que se verifica dentro de la propia Constitución, se encuentran, como ha puesto de relieve Hesse, Konrad (“Concepto...”, *op. cit.*, nota 89, pp. 21 y ss., 23 y ss. y 30; “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, *cit.*, nota 92, pp. 51 y 52; “Límites...”, *op. cit.*, nota 314, pp. 111 y 112), limitadas por la propia Constitución que se está interpretando y contra la que nunca podrá ir el intérprete. No admitir la existencia de estos límites nos colocaría ante una situación muy peligrosa que, de algún modo, se traduciría en la apertura de la puerta al establecimiento de dictaduras más o menos encubiertas. Así las cosas, surge una cuestión que, como a nadie puede ocultársele, adquiere una decisiva importancia en la España actual respecto del llamado “Plan Ibarretxe” y las propuestas de “segundas lecturas”, “relecturas”, o “interpretaciones en sentido positivo” de la Constitución de 1978. Me refiero, a la distinción entre la mutación constitucional, con la cual se “modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente” (Hesse, K., “Límites...”, *op. cit.*, nota 314, p. 91), y lo que la doctrina francesa denominó *faussement de la Constitution* (falseamiento constitucional), mediante el cual se otorga a determinados preceptos constitucionales una interpretación y un sentido distintos, e incompatibles, con los que realmente tienen —que es, por ejemplo lo que ha hecho nuestro Tribunal Constitucional con la interpretación que ha dado al artículo 149.3 en las SSTC 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo (véase, al respecto y por todos, Tajadura Tejada, J., *La cláusula de supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico*, Madrid, 2000)— y cuyo correcto y cabal tratamiento conecta, como indica Vega, P. de (*La reforma constitucional...*, *cit.*, nota 54, p. 291), con las simples transgresiones del texto constitucional (*Verfassungsüberschreitung*) o lo que es lo mismo, a la problemática de hasta qué punto son admisibles las mutaciones constitucionales. La respuesta a este último interrogante nos la ofrece el maestro De Vega cuando escribe que “Mientras la tensión siempre latente entre lo fáctico y lo normativo no se presenta en términos de conflicto e

del control de constitucionalidad, que no auténtica justicia constitucional,³¹⁵ y que acabará concretándose en la técnica del *judicial review*.

No puede, sin embargo, olvidarse que a pesar de que toda la lógica que se contiene en los razonamientos de Publio y, así mismo, a que la posibilidad del control de constitucionalidad se encontraba implícita en la propia lógica interna del sistema, los hombres de Filadelfia optaron por no sancionar expresamente en el texto ningún mecanismo de control de constitucionalidad, ni, tampoco, por determinar cuál iba a ser la consecuencia de la violación de la Constitución por una ley ordinaria.³¹⁶ De manera muy particular, se deriva del mismo tenor literal del artículo VI.2: “Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se hagan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Uni-

incompatibilidad manifiesta, las mutaciones constitucionales pueden coexistir con el principio de supremacía constitucional, sin que éste sufra ningún deterioro importante. El problema de los límites de la mutación comienza cuando la tensión entre facticidad y normatividad se convierte social, política y jurídicamente en un conflicto que pone en peligro la misma noción de supremacía. Es entonces cuando aparece como única alternativa posible la de, o bien convertir la práctica convencional (la mutación) en norma a través de la reforma, o bien negar el valor jurídico, en nombre de la legalidad existente, de la mutación. En cualquiera de los dos supuestos la mutación en cuanto tal desaparecería, y la supremacía de la Constitución quedaría salvada” (*La reforma constitucional...*, cit., nota 54, p. 215). No actuar de este modo, nos situaría, de manera tan evidente como lamentable, ante un supuesto de *faussement de la Constitution*. Y es, justamente, aquí donde, como situación límite que es, la problemática de la revisión constitucional adquiere su máxima significación y sentido, en el entendimiento de que “si las exigencias políticas obligan a interpretar el contenido de las normas constitucionales de forma distinta a lo que las normas significan, es entonces cuando la reforma se hace jurídica y formalmente necesaria... Cuando la opción última se presenta en los términos de reforma o falseamiento del texto constitucional, las exigencias de la lógica jurídica en favor de la reforma terminan coincidiendo con los requerimientos de la propia lógica política democrática” (*La reforma constitucional...*, cit., nota 54, p. 93).

³¹⁵ Nos sumamos a la opinión del maestro De Vega cuando señala que “Come osservato da Jerusalem, la costituzionalità delle leggi si presenta in America come logica necessità di coerenza giuridica in un sistema a costituzione rigida, la cui principale funzione giuridica è di mantenere l’unità dell’organizzazione federale... Quando il giudice Marshall dettò la sua sentenza era ancora in vigore in U.S.A. la schiavitù... Oggi, parlare di giustizia costituzionale in presenza della schiavitù come istituzione sociale, sarebbe sicuramente un sarcasmo”. Véase Vega, P. de, “Problemi ed prospettive attuali della giustizia costituzionale in Spagna”, en Lombarda, G. (ed.) *et al.*, *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985, p. 129, las cursivas son mías.

³¹⁶ Cfr. sobre este particular y por todos, Roura Gómez, S. A., *La defensa...*, cit., nota 45, pp. 92-105.

dos, serán la suprema Ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contra que se encuentre en la Constitución o las Leyes de cualquier Estado”. La decisión, según nuestro parecer, no podía resultar más peligrosa. Piénsese, en este sentido, que en la medida en que no se establecía ningún mecanismo de garantía de la rigidez, el principio de supremacía constitucional, aunque ampliamente afirmado en el texto, podía haber corrido igual suerte que en los periodos clásico y medieval.

Como a nadie se le oculta, esta omisión del Constituyente de Filadelfia fue subsanada años después de la entrada en vigor de la Constitución. Y se hizo como consecuencia de una dinámica constitucional tributaria, en gran medida, del sistema del *Common Law*.

Fue en todo caso, a la exigencia de dotar de contenido real a la supremacía de la Constitución, así como y de manera prioritaria, a la necesidad de dar coherencia y unidad jurídica al sistema federal,³¹⁷ a lo que hubo de en-

³¹⁷ Es menester indicar que si bien el control de constitucionalidad tiene por misión central y esencial la de hacer realmente efectivo el principio de rigidez constitucional (de algún modo, *cfr.* en este sentido y por todos, Jellinek, G., *Teoría general...*, *cit.*, nota 95 p. 406; *Reforma...*, *cit.*, pp. 15 y ss., especialmente pp. 22 y ss. Kelsen, H., *Teoría general...*, *cit.*, nota 92, pp. 158 y 159, y 272-274, especialmente p. 274) y, en tal sentido, su existencia es compatible con cualquier Constitución rígida (*cfr.* en este sentido, Kelsen, H., *Teoría general...*, *cit.*, nota 92, p. 268. Vega, P. de, “Jurisdicción constitucional...”, *cit.*, nota 165, pp. 94 y especialmente 96; “Constitución y democracia”, *cit.*, nota 52, p. 77; *La reforma constitucional...*, *cit.*, nota 54, p. 70. Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, p. 268), su origen, en todo caso, se encuentra, como el del principio que viene a asegurar, muy vinculado al fenómeno federal. *Cfr.* en este sentido, Jerusalem, F. W., *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tubinga, 1930, p. 54. Beard, C. A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Nueva York, 1986, pp. 178 y ss. Kelsen, H., “La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)”, *La Giustizia costituzionale*, (1928), Milán, 1981, pp. 203 y 204; “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato Federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 10. Ottobre 1920” (1923-1924), *La giustizia costituzionale*, *cit.*, pp. 5-45. Pergola, A. la, “Federalismo y Estado regional. La técnica italiana de las autonomías a la luz del derecho comparado”, *Revista de Política Comparada*, núms. 10-11, 1984, p. 196; “Residuos de la Confederación en el Estado federal. 2.3. El federalismo cooperativo: Entra en escena el *New Deal*”, *Los nuevos senderos del federalismo*, *cit.*, pp. 282 y 283. Vanossi, J. R. A., *Teoría constitucional. II. Supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1976, pp. 213-225. Pérez Serrano, N., “La noble obra política de un gran juez (Juan Marshall)”, *Escritos de derecho político*, *cit.*, nota 7, vol. II, pp. 782 y ss. Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político. II...*, *cit.*, p. 687. Vega, P. de, “Jurisdicción constitucional...”, *op. cit.*, nota 165, p. 100; “Supuestos políticos...”, *op. cit.*, nota 33, p. 414. Cruz

frentarse el juez Marshall a la hora de resolver el muy célebre caso *Marbury versus Madison*, en 1803. Su sentencia, donde se retomaban los argumentos de Hamilton, vendría, como decimos, a corregir el gran olvido de los *Founding Fathers* al crear, a través de las facultades interpretativas de la judicatura, el *judicial review*³¹⁸ como sistema de control de constitucionalidad difuso, incidental y con eficacia *inter partes*.

Al poner en marcha el control de constitucionalidad, y esto es lo que realmente nos importa, consiguieron los estadounidenses dotar de una real y verdadera eficacia al principio de rigidez constitucional, y con ello, se aseguraba la vigencia del principio democrático y, como correlato necesario y coherente, el de supremacía constitucional. El Estado constitucional, cuya posibilidad misma depende de la permanente distinción entre el sujeto soberano y los sujetos sometidos a la soberanía, quedaba de esta suerte plenamente asentado y consolidado en el Nuevo Continente. Es, justamente, por ello por lo que a pesar de los pesares —y de manera singular la actuación de alguno de sus gobernantes— los Estados Unidos de América se erigen en ese modelo paradigmático que todos, en menor o mayor medida, admiramos, y al que, en definitiva, todos tomamos como punto de referencia inescusable para explicación de lo que el Estado constitucional es y significa.

III. PROBLEMAS PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA EUROPA LIBERAL: LA CONFRONTACIÓN ENTRE PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y PRINCIPIO MONÁRQUICO

Si esto era así en el marco de los Estados Unidos de América, debe hacerse constar de manera inmediata, que fue muy otra la realidad en la Europa de finales del siglo XVIII, el XIX y los primeros años del siglo XX. Nadie puede discutir que frente a lo que sucedía en la tradición jurídico-constitu-

Villalón, P., *La formación...*, cit., nota 317, *passim*. Pérez Royo, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, 1988, pp. 46 y 47. Ruipérez, J., *La protección constitucional de la autonomía*, Madrid, 1994, pp. 169 y ss. Roura Gómez, S. A., “Control jurisdiccional de constitucionalidad en España: Las experiencias del Tribunal Supremo Federal y el Tribunal de Garantías Constitucionales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, pp. 443 y 444; *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978. El Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2003, pp. 27 y 28.

³¹⁸ Cfr. en este sentido, Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, p. 41.

cional estadounidense, lo que caracterizó este largo período europeo fue justamente, el que los documentos de gobierno no gozaron de una verdadera y total fuerza obligatoria y vinculante. Lo que a la postre, se traducía en la proverbial carencia de eficacia jurídica de la Constitución, que hacía que el juez pudiera incluso ignorarla, en el sentido de que, como muy bien indicó Laboulaye, la

Constitución declaraba que la libertad individual será respetada, que nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales y que los acusados serán juzgados por el jurado. Tiene lugar un motín, o una asonada y se hará una ley para enviar á (*sic*) los ciudadanos ante los consejos de guerra. Apelarán á (*sic*) los tribunales mostrándoles la constitución, y estos (*sic*) responderán que no conocen mas (*sic*) que la ley.³¹⁹

Ahora bien, si esto es así, debemos advertir que lo anterior no se debe a que, como comúnmente se afirma, los textos constitucionales no fuesen auténticas normas jurídicas, sino simples documentos políticos de carácter programático. Por el contrario, lo que sucedió en Europa es que, al ser la Constitución una norma jurídica, la misma no pudo ser entendida como una verdadera Constitución, quedando y en el terreno de la práctica, relegada a la condición de la ley ordinaria, respecto de la cual, y esto es lo importante y decisivo para comprender su falta de eficacia jurídica, siempre habría una ley especial de aplicación preferente.

La explicación de este fenómeno ha de encontrarse, a mi juicio, en las singulares circunstancias políticas que concurrieron en la vieja Europa. Es aquí donde de modo definitivo, se encuentra la causa de la divergencia entre la tradición jurídico-constitucional estadounidense y la tradición jurídico-constitucional europea. De una manera concreta, nos estamos refiriendo a la circunstancia de que la materialización de la revolución liberal-burguesa, y en consecuencia, la puesta en marcha de todos los principios y valores que determinaron aquélla, y que fueron enfáticamente proclamados en el momento revolucionario, encontraron en Europa grandes dificultades para su desarrollo³²⁰ como consecuencia en gran medida, por no decir que única y exclusivamente, de la existencia de unos monarcas que se resistían a abandonar la posición de reyes absolutos. Resultado de todo ello es que, a dife-

³¹⁹ Laboulaye, E., *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, Sevilla, 1869, t. 2, p. 201. En general sobre el tema que aquí ocupa, véanse también, pp. 195-224.

³²⁰ Cfr. Bastid, P., *L'idée...*, cit., p. 15.

rencia de Estados Unidos, en Europa la forja del Estado constitucional hubo de realizarse desde la confrontación entre el principio democrático y el principio monárquico. Lo que, traducido en otros términos, significa que lo que conoció la vida política europea fue la negación, más o menos decidida y abierta, de la teoría democrática del Poder Constituyente. Con ello, ni que decir tiene, se pone de manifiesto la original dificultad que tuvo la forma política “Estado constitucional” para nacer, desarrollarse y consolidarse en la Europa liberal.

Y es justamente esa imposibilidad para la adecuada implantación del Estado constitucional en el viejo continente, la que determinó la escandalosa falta de eficacia de las Constituciones, sólo explicable en términos políticos. Aceptar esto no debería resultar, en mi modesta opinión, muy complicado. Veámoslo de manera resumida y sintética.

En ambos continentes la Constitución era entendida, en efecto, como una ley. Ello no obstante, entre ambas tradiciones constitucionales se producirá una evidente diferencia. Divergencia que se refiere al muy distinto valor y rango que se atribuye, en uno y otro supuesto, a esta especial ley. Es menester recordar, en este sentido y como acabamos de ver, que en Estados Unidos la decidida aceptación del principio de la soberanía del pueblo, que lograba plena eficacia como consecuencia del principio de rigidez constitucional convenientemente asegurado por el control de constitucionalidad, se concretó en la comprensión de que el instrumento de gobierno era una verdadera Constitución. Como tal, y como único corolario posible, ésta sólo podía ser entendida como la ley suprema del Estado. La situación era bien distinta en Europa. La confrontación principio democrático-principio monárquico, que caracterizó la vida política europea desde la Revolución francesa hasta el fin de la Primera Guerra Mundial, determinó que los documentos de gobierno no pudiesen ser entendidos propiamente como Constituciones. Por el contrario, nos encontramos con que, siendo política y retóricamente afirmado como la *lex superior*, la Constitución se presentaba a nivel jurídico, y como consecuencia de la falta de eficacia del principio democrático (como mínimo) como meras leyes ordinarias. Este fue, como con meridiana claridad, extrema brillantez y acierto pleno, ha denunciado mi dilecto maestro, el gran drama del constitucionalismo europeo. La razón es fácilmente comprensible. al proceder a la falsificación de todos los presupuestos vertebradores de la auténtica noción de Constitución, lo que sucede es

que “ni jurídicamente las constituciones sirvieron como leyes, ni políticamente cumplieron las funciones simbólicas que se les quiso atribuir”.³²¹

1. *La confusión de Sieyès: la teoría democrática del Poder Constituyente y la afirmación de la soberanía del Parlamento*

Importa señalar que esta situación se verificó a lo largo de toda la vida del Estado constitucional liberal. La incapacidad de la norma constitucional para ser entendida como verdadera Constitución se produce, incluso, y aunque ello pueda parecer paradójico, en el momento revolucionario. Lo que a nadie debería extrañar; all fin y al cabo, todo lo anterior se deriva del hecho de que, en Europa, el principio democrático o bien resultó afirmado de manera insatisfactoria, o se hacía de manera incorrecta o, finalmente, pura y simplemente negado. Lo primero fue, como decimos, lo que aconteció en el momento revolucionario. Ocurre que tan pronto como la teoría democrática del Poder Constituyente fue declarada en la Revolución francesa, ésta recibió los más diversos y variados asaltos, y desde las más distintas posiciones ideológicas. Algunos de estos ataques a nadie podrían, cabalmente, sorprenderle. Nos referimos, es obvio, a lo que se le inferían por parte de autores contrarrevolucionarios. Tal es el caso por ejemplo, de Joseph de Maistre³²² y de Louis-Ambroise de Bonald,³²³ cuyas obras estaban dedicadas a negar la posibilidad misma del moderno Estado constitucional. Pero también, y esto es lo que me interesaba destacar ahora, la teoría democrática del Poder Constituyente sufriría un importante menoscabo por parte de quienes, en principio, se mostraban como partidarios de la obra revolucionaria.

Ha sido, en este sentido, Carré de Malberg³²⁴ quien ha puesto de relieve que una de las principales —si no la más importante y trascendente— dificultades que tuvo la Constitución para configurarse en Europa como verdadera *lex superior* se encuentra, precisamente en la doctrina que sobre la soberanía y el ejercicio del *pouvoir constituant*, formulara Emmanuel-Joseph Sieyès, fundamentalmente en su célebre *¿Qué es el tercer Estado?* Tesis

³²¹ Vega, P., “Prólogo” a Cabo de la Vega, A. (ed.) *La Constitución española de 27 de diciembre de 1978*, Madrid, 1996, p. XV; véase también, p. XX.

³²² Véase Maistre, J. de, *Consideraciones...*, cit., nota 92, *passim*.

³²³ Véase Bonald, L.-A., de, “Teoría del poder político...”, cit., *passim*.

³²⁴ Cfr. Carré de Malberg, R., *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la Loi dans la Constitution de 1875* (1931), París, sine data (pero 1984), pp. 110 y 111.

que bien conocido es, fue temprana y rápidamente aceptada por el resto de los revolucionarios franceses, quienes la consagraron a nivel normativo en el artículo 1o. del título III de la Constitución de 1791, y que, en la medida en que “se aseguraba la indiscutible prepotencia de las Asambleas, en las que, primero la burguesía, y después las oligarquías partidistas, asentaron su dominio; y por otra parte, con la invocación a los principios del régimen representativo, se excluía la intervención de los ciudadanos, permitiendo de este modo que burguesía y partidos quedaran convertidos en los únicos depositarios de la soberanía nacional”,³²⁵ acabaría extendiéndose por todo el viejo continente.

Punto de arranque de toda la construcción del abate revolucionario es la idea de *nación*, que es entendida por Sieyès como “un cuerpo de asociados que viven bajo una ley *común* y representados por una misma *legislatura*”.³²⁶ Esto es, se trata de un conjunto políticamente organizado de “individuos libres, iguales, independientes, diferentes unos de otros, pero unidos por las necesidades comunes a la naturaleza humana, y por la voluntad de vivir en común”.³²⁷ Afirmada ésta, la tensión derivada de la dialéctica *principio monárquico versus principio democrático* quedaría, en principio, resuelta en favor del último. Y ello es así, porque se atribuye la soberanía a la Nación, que se convierte así en el titular del Poder Constituyente.

Lo de menos es detenerse aquí a denunciar que con la apelación a la idea de nación, y, con ello, la atribución de la soberanía a ésta y no, como defendían los democratas, a cada uno de los individuos que integran la comunidad política, lo que en realidad hacían los liberales era, pura y simplemente, hacer inviable el régimen democrático. Y ello por la simple razón de que, por influencia directa del pensamiento de Montesquieu, el pueblo como entidad histórica real y concreta, que es el elemento central de la democracia, es substituido por el concepto de Pueblo como entidad abstracta, metafísica e intemporal.³²⁸

Lo que de verdad nos interesa es indicar que, desde la perspectiva liberal, tampoco en la Europa revolucionaria debería haber ningún problema para la vigencia efectiva del principio de supremacía constitucional.

³²⁵ Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, p. 34.

³²⁶ Sieyès, E. J., *¿Qué es el Tercer Estado?*, cit., p. 29.

³²⁷ Châtelet, F., Duhamel, O., y Pisiert-Kouchner, E., *Historia del pensamiento político*, Madrid, 1987, p. 86.

³²⁸ Cfr. a este respecto y por todos, Vega, P. de, “La democracia como proceso...”, cit., nota 144, pp. 481-486, especialmente pp. 482-484.

Al fin y al cabo, al afirmar el postulado democrático del Poder Constituyente, lo que se hace en la obra de Sieyès, cuando menos en el plano teórico y formal, es sentar las bases para la definitiva configuración de la Constitución como esa ley superior y suprema que, como tal, se sitúa por encima de la dicotomía gobernantes-gobernados, obligando a ambos por igual, aunque no de idéntica manera.³²⁹

No puede olvidarse, sin embargo, desde la óptica de la realidad, que la construcción teórica de Sieyès, lejos de contribuir a la feliz consolidación del Estado constitucional, sirvió para todo lo contrario. Y ello por que, pese a toda la aparente lógica constitucional de su enunciado, lo que en verdad esconde es un palmario atentado a la virtud práctica del principio democrático. Circunstancia que otorga plena justificación a la contundente sentencia de Laboulaye, según la cual el abate revolucionario “lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo”.³³⁰ Piénsese, en este sentido, que la construcción de Sieyès, llevada a sus últimas consecuencias, lo que en realidad hace es impedir la ponderada y cabal comprensión de la Constitución. Lo cual, en última instancia, se explica por cuanto que con ella se viene a imposibilitar la materialización de uno de los principios medulares del Estado constitucional: la operatividad del sistema, e incluso su propia existencia, misma que depende de que la distinción entre sujeto soberano y sujetos no soberanos, o, si se prefiere, entre Poder Constituyente y poderes constituidos, que es clara en el momento de establecer y sancionar el código jurídico-político fundamental, se mantenga una vez que la Constitución ha sido aprobada y el Estado Constitucional entra en funcionamiento. La razón es, según mi parecer, fácilmente comprensible.

No se necesita demasiada sagacidad para comprender que esa nación, como representación de un *pueblo* metafísico e intemporal, a la que Sieyès le atribuye la condición de soberano, se presenta como un ente abstracto. Porque esto es así, resulta evidente que la *nación*, como ente abstracto que es, no puede ejercitar sus facultades, ordinarias o extraordinarias, por sí misma, sino que precisará de representantes para llevarlas a cabo. Surge, de este modo y de manera inevitable,³³¹ la teoría liberal de la representación políti-

³²⁹ En relación con esto, véase STC 101/1983, de 18 de noviembre, *Fundamento Jurídico* 3o.

³³⁰ Laboulaye, E., “Du Pouvoir Constituant” (1871), *Questions constitutionnelles*, París, 1872, p. 381.

³³¹ La relación inescindible entre la soberanía nacional y la representación política, articulada en base al mandato libre, ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por Georg

ca, conforme a la cual se establece la ficción³³² de que los representantes, que lo son de toda la nación y no de las circunscripciones por donde fueron elegidos, conocen en todo momento la voluntad de ésta y además, la interpretan y actúan correctamente³³³ en el Parlamento.

Nos encontramos pues, con que la democracia deviene, de la mano del proceso revolucionario francés,³³⁴ en democracia representativa, cuyo fun-

Jellinek cuando señala que “La Constituyente llega a una declaración audaz que la desliga completamente de los electores, a saber: que ella era el asiento de la soberanía nacional. La Ley de 22 de diciembre de 1789 afirma enérgicamente el concepto de la representación, rechazando definitivamente las instrucciones, así como el derecho de los electores para revocar el mandato de los diputados; y de aquí ha pasado a la Constitución, de 3 de septiembre de 1791 el principio de que los diputados no representan un departamento en particular, sino a toda la nación, y no deben estar limitados por instrucción alguna” (*Teoría general...*, cit., nota 95, p. 436). Nada de extraño tiene que Carré afirme que “Queda así demostrado que el régimen representativo tiene su punto de partida en el sistema de soberanía nacional, así como, recíprocamente, el concepto de soberanía nacional conduce esencialmente al gobierno representativo”. Véase Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, cit., nota 54, pp. 914 (de donde procede la cita) y ss. Cfr. también y en el mismo sentido, Ollero, C., “El sistema representativo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119 (1961), pp. 3 y ss. Vega, P. de, “Significado constitucional...”, cit., pp. 28-30. Portero Molina, J. A., “Sobre la representación política”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10 1991, pp. 95-100. Porras Nadales, A. J., y Vega, P. de, “Introducción: el debate sobre la crisis de la representación política”, en Porras Nadales, A. J., (ed.) et al., *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, 1996, p. 10.

³³² Cfr. en este sentido, Kelsen, H., *Esencia y valor...*, cit., nota 49, pp. 52 y 53; “El problema...”, cit., nota 69, 1982, pp. 176 y 177.

³³³ Cuestión distinta es la de que no siempre se actúe correctamente, ya sea inocentemente, como consecuencia de una mala interpretación de la voluntad de los representantes, ya sea por dolo, dejando de ser los representantes ostentadores del poder para convertirse, de manera inevitable y fatal, en detentadores del mismo. A este respecto, pueden recordarse las palabras que, dada su condición de procurador, en un sorprendente ejercicio de sinceridad, dijera Joaquín María López sobre el fenómeno representativo: “Otra ficción es el ejercicio de la soberanía nacional por medio de nuestros representantes, porque sólo por medio de otra ficción puede suponerse que adivinarán nuestro pensamiento en todas las cuestiones dadas, que obrarán con arreglo a nuestra voluntad, que no pueden conocer, y en favor de nuestros intereses, que unas veces interpretan con equivocación, y otras desatienden y esquivan con culpable indiferencia y abandono”, véase López, J. Ma., *Curso político-constitucional. Lecciones explicadas en la cátedra de política constitucional, de la Sociedad de Instrucción Pública en Madrid, desde el 29 de noviembre de 1840 en adelante*, Madrid, 1987, p. 35.

³³⁴ Importa señalar que la representación sometida a mandato libre no es un producto exclusivo de la Revolución francesa. La misma, por el contrario, había conocido ya algunas materializaciones prácticas con anterioridad a ese momento, y de manera singular en Gran Bretaña. En ésta, la substitución del mandato imperativo por el mandato libre se de-

cionamiento en la vida ordinaria del Estado no presenta graves dificultades. El problema se plantea cuando el ejercicio del Poder Constituyente se intenta reconducir a los esquemas de la democracia representativa. Para Sieyès, no hay duda de que la facultad de darse una Constitución que, como soberana, le corresponde a la Nación, ha de ejercitarse también a través de representantes, en el entendimiento de que, como señala Carré,³³⁵ éstos reciben de la nación un poder especial que, en último extremo, les habilita para elaborar, discutir, aprobar y sancionar la Constitución. Con ello, a nadie puede ocultársele, toda la problemática de soberanía pasa a la órbita de las asambleas parlamentarias.

Hasta aquí no hay nada que venga a socavar los cimientos del Estado constitucional. El principio democrático hubiera quedado perfectamente a salvo, si se hubiera entendido que el ejercicio de ese “poder especial”, por parte de los representantes, debía realizarse conforme a la idea de inmediatidad, que define el ejercicio del *Pouvoir Constituant*, de suerte tal que aquella habilitación extraordinaria se extinguiría tan pronto como fuera aprobado el código jurídico-político fundamental. De ser así, se hubiera respetado la más elemental lógica del moderno Estado constitucional, a la par que se hubiera satisfecho la principal exigencia para el buen funcionamiento, e incluso, la posibilidad misma de esta forma de organización política. Nos referimos a la idea de que la función del Poder Constituyente se agota con la aprobación del texto constitucional.³³⁶ Hecho ésto, se dirá, desde la más acertada teoría de la Constitución, el Constituyente desaparece de la escena política, para entrar en una fase de letargo de la que únicamente saldrá cuando cuando la comunidad política estime necesario darse una nueva ley constitucional, dando paso entonces a la actuación de los poderes constituidos que han sido creados, y ordenados por la voluntad del Constituyente soberano y que, en consecuencia, deben todas sus facultades y competencias a la Constitución.

Ocurre, empero, que no fue ésta la interpretación que prevaleció. Lo que, por el contrario, acabó imponiéndose, fue la creencia de que porque al integrarse por los representantes del soberano, las asambleas parlamentarias se convierten, ellas mismas, en el soberano. Condición que les será predicada en el proceso constituyente, lo cual, de una u otra forma, hubiera sido perfectamente asumible; pero que también (y aquí es donde realmente surge el peligro) pretenden ostentar en el marco del Estado constitucional ya creado y operante. Paradójicamente, el constitucionalismo francés queda, de esta

suerte, equiparado al sistema político británico, tan despreciado en la Asamblea Nacional Constituyente,³³⁵ caracterizado, como señala *sir* Ivor Jennings, porque, en él, la “única Ley Fundamental es que el Parlamento es supremo”.³³⁶

Así las cosas, toda la lógica del Estado constitucional queda, como decimos, destruida. Y lo hace, precisamente, por dar entrada a la actuación del Poder Constituyente soberano —que al intentar negar su existencia y posibilidad misma, había afirmado Donoso Cortés, “no cabe en los libros y rompe el cuadro de las Constituciones”—³³⁷ en el funcionamiento ordinario de aquél. De ahí se derivan, de una manera muy concreta, las nefastas consecuencias que la obra de Sieyès tuvo para la consolidación del constitucionalismo moderno en Europa.

Llevadas al último extremo, los efectos que producen las tesis de Sieyès son, a nuestro juicio, tan evidentes como temibles.³³⁸ En efecto, ocurre que con la perpetuación del *Pouvoir Constituant* soberano como Poder Legislativo, el funcionamiento ordinario del Estado constitucional se ve, o cuando menos, puede verse, seriamente alterado en la medida en que con ello se está abriendo la puerta para que el régimen constitucional parlamentario se convierta en un régimen convencional o de asamblea. Y si esto es así, sucede, por otro lado, que al convertir al Legislador ordinario en un Poder soberano, lo que se hace es, pura y simplemente, condenar al propio código jurídico-político fundamental a estar supeditado a los intereses —cambiantes y coyunturales— de las mayorías parlamentarias, las cuales, llegado el caso, y apelando a su condición de representantes del pueblo, o de la nación, y, por ello titulares de la soberanía, no dudarán en actuar como un Constituyente originario y, por tanto, como un poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido de su voluntad.

³³⁵ Sobre las críticas al régimen británico, así como el deseo de mostrarse originales respecto de aquél por parte de los revolucionarios franceses, *cfr.* a título de ejemplo, Duguit, L., *La separación...*, *cit.*, nota 157, pp. 15-17. En todo caso, debemos señalar que, pese a todos los esfuerzos de los revolucionarios franceses por separarse del modelo británico, es lo cierto que van a producirse no pocas semejanzas entre ellos; así, además de lo apuntado en el texto, ocurre con el modo de actuación del Parlamento, o en el ya citado supuesto de la articulación de la representación política. Véase García, E., “Estudio preliminar”, *cit.*, nota 108, p. 37, nota 7; véase también, p. 188, nota 5.

³³⁶ Jennings, I., *The Law and the Constitution*, Londres, 1938, p. 64.

³³⁷ Donoso Cortés, J., *Lecciones...*, *cit.*, nota 280, p. 72.

³³⁸ *Cfr.* en este sentido, Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, *cit.*, nota 54, pp. 36 y 37.

En todo caso, lo que interesa retener es que cuando el abate Sieyès, y con él los primeros revolucionarios liberal-burgueses europeos, convierten a las Asambleas Legislativas —representantes del soberano— en el soberano mismo, sientan definitivamente las bases para que la Constitución no pudiera ser entendida, en el viejo continente del Estado liberal, como una verdadera Constitución de la que pudiera ponderarse adecuadamente su dimensión jurídica y su proyección normativa. Lo cual, en definitiva, se explica por que la eficacia real del principio democrático, y con él, el de supremacía constitucional, queda, desde los esquemas teóricos formulados por el abate revolucionario, seriamente comprometida. La razón no ha de ser, a mi juicio, muy difícil de comprender.

En este sentido, Basta con tomar en consideración que a lo que las teorías de Sieyès conducen, es a la perpetuación de la actuación del Poder Constituyente más allá de la aprobación del texto constitucional. En este supuesto, el dilema que se nos plantea podría aparecer formulado del siguiente modo: O bien se entiende que la Constitución es suprema, de suerte tal que todos los Poderes que actúan en el Estado han sido creados por ella, le deben todas sus facultades y, finalmente, se encuentran obligados a su cumplimiento, o por el contrario, se mantiene que el Parlamento es el soberano, del cual procede la propia Constitución y que, por ello mismo, queda al capricho de aquél. Cuando, como sucede con las tesis de Sieyès, se afirma que el Parlamento es el soberano, como representante del soberano, y además se le tiene por tal en todo momento, lo que se está haciendo es optar por la segunda alternativa y, cuando menos en el terreno de los hechos, relegar a la Constitución a la condición de una mera ley ordinaria.

De nada sirve que los códigos jurídico-políticos fundamentales del periodo revolucionario se presentaran como Constituciones rígidas o, como en el caso de la francesa de 1791, hiperrígidas. El establecimiento de un procedimiento especial para llevar a cabo la modificación formal de la Constitución, distinto y más agravado que el legal-constitucionalmente previsto para actuar sobre la legislación ordinaria, no conseguiría, en este contexto, dotar de una verdadera y real eficacia al principio democrático. Y ello por la sencillísima razón de que al predicar del Parlamento la condición de sujeto soberano, éste, a la hora de reformar el texto constitucional, no tendría por qué respetar, no ya la voluntad originaria del Constituyente revolucionario, sino incluso, podría inobservar el propio procedimiento de revisión. Fácilmente se comprenden, desde esta perspectiva, las reticencias que parte de la doctri-

na europea, y de la inmensa mayoría de la clase política, para admitir la existencia de límites materiales absolutos a la reforma constitucional. Al fin y al cabo, se dirá, si quien actúa es el soberano, éste, por definición, lo puede todo y en consecuencia, no puede encontrar ningún límite —salvo, naturalmente, el de observar el procedimiento legal-constitucionalmente previsto para la revisión—, en el contenido de su voluntad.

2. *La época de la llamada Restauración y la vuelta a los esquemas políticos del antiguo régimen*

El acontecer político en la Europa del siglo XIX vino a complicar todavía más las cosas. En este sentido, nos encontramos con que a la etapa del constitucionalismo revolucionario, le sucedió el sistema inaugurado con lo que en Francia se dio en llamar *Restauración*. Los instrumentos de gobierno se transforman entonces en “cartas constitucionales”, siendo la francesa del 4 de junio de 1814 —que, de uno u otro modo, encuentra su correlato en nuestro Estatuto Real de 1834—³³⁹ su primera manifestación histórica. Es

³³⁹ La verdadera naturaleza del Estatuto Real, de 10 de abril de 1834, ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina. No es éste, obviamente, el momento oportuno para detenernos en una exposición exhaustiva sobre el mismo. Si podemos, y debemos, sin embargo, poner de manifiesto que el Estatuto Real bajo ningún concepto puede ser reconducido a la idea liberal-burguesa de Constitución, sino, muy al contrario, y todo lo más, a la de mera *Charte octroyée*. Debe recordarse, a este respecto y en primer lugar, que uno de los elementos definidores del constitucionalismo en su sentido técnico, moderno y actual es el de que el instrumento de gobierno ha de ser obra del pueblo como titular de la soberanía. Frente a esta idea, nos encontramos con que la elaboración y aprobación del Estatuto Real se realizó como una concesión graciosa de la monarquía, en virtud de su exclusiva soberanía. Cfr. en este sentido, Clavero, B., *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984, p. 48; Solé Tura, J., y Aja, E., *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, 2a. ed., Madrid, 1978, p. 30. Pero si, como vemos, su origen impide identificar el Estatuto con una verdadera Constitución, debemos advertir, de manera inmediata, que tampoco su contenido se ajusta a lo ordenado en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Sus carencias se hacen especialmente patentes en relación con lo que Schmitt, C. (*Teoría...*, cit., nota 39, p. 201; véase, también, p. 165) denominó “principio distributivo”, o “de participación”, y “principio orgánico”. En efecto, es menester advertir que, por lo que se refiere al principio distributivo, no hay en el Estatuto Real ningún precepto que venga a reconocer y garantizar los derechos fundamentales. Por otra parte, tampoco la división de poderes se encuentra determinada. De lo único que en realidad trata es de la convocatoria y de la organización de las Cortes Generales del Reino. Porque esto es así, parece que más que de un auténtico documento constitucional (véase Tomás Vi-

menester indicar que estas cartas constitucionales, aunque elevadas por Joaquín Francisco Pacheco³⁴⁰ a la condición de modelo de instrumento de gobierno perfecto, no eran, en realidad, verdaderas Constituciones, sino meras *chartes octroyées*, cuya principal característica es la de que su aprobación se debe, no a la voluntad soberana del pueblo, sino única y exclusivamente, a la voluntad graciosa del monarca. Con ello se producía la vuelta a los esquemas políticos anteriores a la Revolución francesa. Guizot lo puso de manifiesto con toda rotundidad: cuando el Senado francés elabora su proyecto de Constitución para la restauración, éste, dirá Guizot, “no hizo más que evocar el principio despótico en lugar del principio revolucionario, y suscitar como rival al derecho absoluto el pueblo el derecho absoluto del Rey”.³⁴¹

No hace falta ser muy perspicaz para comprender que, en este marco político, la posibilidad de entender a la Constitución como *lex superior* quedaba definitivamente aniquilada. La razón es fácilmente comprensible. Al negarse de manera categórica la soberanía popular en favor del principio monárquico, lo que en la Restauración monárquica se hace es reproducir las condiciones políticas y jurídicas que, de una u otra suerte, definieron la vida política medieval. Esto es, lo que este sistema significa es que a través de las cartas otorgadas podía asegurarse, sí, el sometimiento del Legislativo y de la administración a la ley, pero no así la del monarca que, como ente previo y superior a la Constitución, se presenta como el autor de la misma y se encuentra, además, capacitado para suprimirla en cualquier momento, se configura como un sujeto *legibus solutus*.

llarroya, J., *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Madrid, 1968, *passim*, especialmente pp. 111-116; Fernández Segado, F., *Las Constituciones históricas españolas (un análisis histórico-jurídico)*, 4a. ed. Madrid, 1986, pp. 128 y ss.), el Estatuto Real es, como escribió Adolfo Posada, “el decreto de un rey absoluto que convoca unas Cortes organizadas por él” *La nouvelle...*, *cit.*, nota 45, p. 35. *Cfr.* también, Pérez Serrano, N., *Tratado...*, *cit.*, nota 45, p. 577; Blas Guerrero, A. de, “Aproximación a la historia del constitucionalismo español”, en Blas, A. de, (comp.), *Introducción al sistema político español*, Barcelona, 1983, p. 18; Tomás y Valiente, F., “La Constitución de 1978 y la Historia del constitucionalismo español”, *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989, pp. 126 y ss.

³⁴⁰ *Cfr.* Pacheco, J. F., *Lecciones de derecho político (1844-1845)*, Madrid, 1984, pp. 11-13.

³⁴¹ Guizot, F. P. G., *Memoires*, París, 1859, vol. I, p. 33, citado por Díez del Corral, L., *El liberalismo doctrinario*, 4a. ed., Madrid, 1984, p. 65.

3. *Las Constituciones del liberalismo doctrinario: la confusión Poder Constituyente-Poderes constituidos y la creación de un constitucionalismo ficticio*

Tampoco contribuyó en mucho el liberalismo doctrinario,³⁴² corriente política generalizada en la Europa decimonónica, a la consolidación del constitucionalismo en el viejo continente. Y eso que, en principio, este movimiento pretendía actuar en el marco del Estado Constitucional, aunque según ellos, corrigiendo los “excesos democráticos” de la etapa revolucionaria.

El doctrinarismo se presenta como un movimiento de conciliación entre los diversos intereses en conflicto, tratando de “Encontrar un acomodo entre las creencias e instituciones acumuladas por la tradición y las nuevas ideas e impulsos... que pretende descubrir, porfiada, una vía propia —aunque media—, al mismo tiempo estable y progresiva, segura y esperanzada”.³⁴³ Lo que, en el ámbito político-constitucional, habría de traducirse en el intento de conjugar los intereses de un monarca, partidario de volver a los esquemas políticos del antiguo régimen para recuperar su condición de rey absoluto, con la idea nacida de la revolución, según la cual la soberanía corresponde al pueblo o a la nación.

Para conciliar ambos extremos, el liberalismo doctrinario acuñará la teoría de la soberanía compartida. Esto es, la decisión sobre los modos y las formas en que va a gobernarse la comunidad va a corresponder tanto al rey como a la nación, en tanto que los dos son los depositarios de la soberanía. La Constitución se concibe, desde esta perspectiva, como el resultado de un pacto *rex-regnum* con el que, en definitiva, se viene a dar satisfacción a los intereses de ambas partes.

De esta suerte, se operaba un cambio radical en el sentido del movimiento constitucionalista. La anterior pretensión revolucionaria era la de sustituir el antiguo régimen por un nuevo sistema político, inspirado en unos principios radicalmente contrarios, conforme a los cuales todo el protagonismo en la vida del Estado pasaba al pueblo, al atribuirsele la soberanía.³⁴⁴

³⁴² Sobre las diversas manifestaciones de esta ideología, y en los distintos Estados europeos, *cfr.* Díez del Corral, L., *El liberalismo..., cit., passim*.

³⁴³ Díez del Corral, L., *El liberalismo..., cit.*, p. 4.

³⁴⁴ En este sentido, es menester recordar que, como, entre otros, ha puesto de manifiesto el maestro De Vega, uno de los corolarios que, desde la más elemental lógica jurídica y política, se derivan del principio democrático de la soberanía popular es el de que

Frente a ello, lo que el doctrinarismo intentará es “sustituir el tradicionalismo clásico por un tradicionalismo liberal”.³⁴⁵ Se creaba así un nuevo marco de juego, en el que el rey, que se resiste a abandonar su *status* de monarca absoluto, y el Parlamento, cuyos miembros eran elegidos entre los notables de la oligarquía burguesa, se erigen en las piezas medulares del sistema político-constitucional.

Naturalmente, el anterior cambio en el entendimiento de las relaciones constitucionales se concretaría en una más que evidente pacificación de la vida política ordinaria.³⁴⁶ Tanto es así, que acaso pudiera llegar a pensarse que con el triunfo del liberalismo doctrinario se produjo, de manera definitiva, la consolidación del moderno Estado constitucional. A ello contribuiría, sin duda, la circunstancia de que, a diferencia de lo que había sucedido en la etapa revolucionaria, tan pronto como desaparecía la euforia constitucional,³⁴⁷ en el siglo XIX, no se hizo necesario el proceder a levantar ningún

“el pueblo que estatuye y sanciona la Constitución, lo que no puede hacer, una vez establecida la normativa fundamental, es quedar marginado del proceso político”. Véase Vega, P. de, “Constitución y democracia”, *cit.*, nota 52, p. 68.

³⁴⁵ Morodo, R., “Las doctrinas políticas sobre la reforma constitucional”, en Tierno Galván, E., y Morodo, R., *Estudios de pensamiento político*, p. 221.

³⁴⁶ Cfr. sobre esta circunstancia y por todos, Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, *op. cit.*, nota 33, p. 412; “Jurisdicción constitucional...”, *cit.* nota 165, pp. 101-102.

³⁴⁷ La idea de la existencia de una euforia constitucional en el momento revolucionario fue de algún modo, introducida por Carl Schmitt cuando pone de manifiesto que tanto en la *glorious revolution* inglesa, del siglo XVII, como en la Francia revolucionaria y, por extensión, en el resto de los Estados constitucionales, una vez que se pasó el momento inicial y la lógica desbordando alegría que el cambio de régimen suscitaba, comenzaron a ponerse de relieve los problemas de éste, dando así lugar a una situación crítica que, a la postre, determinaría la necesidad de articular mecanismos de defensa del orden constitucional. La idea no resulta muy difícil de comprender. Aprobadas las primeras Constituciones, sus autores, los primeros revolucionarios liberal-burgueses, convencidos como estaban de que, porque actuaban en nombre de la razón, habían encontrado la solución definitiva a cuantos problemas pudiera plantear, en aquel momento y en el futuro, el gobierno del Estado, olvidaron establecer mecanismos de protección de su *magna opera*, salvo los que se derivan del principio de rigidez. Olvido que en rigor no era tal, sino una omisión voluntaria que se presenta como la lógica consecuencia del pensamiento que animaba su acción. En efecto, ha de tomarse en consideración que los primeros revolucionarios liberal-burgueses entendían la Constitución por ellos elaborada como una obra perfecta, válida en todo momento y lugar (a este respecto, véase *supra*, nota 88 del capítulo 1), de suerte tal que la misma no debería encontrar ninguna dificultad para lograr su supervivencia y su acatamiento. Ocurrió, no obstante, que pasado el inicial momento de la euforia que despertaba el haber aprobado el código jurídico-político fundamental, comenzarían a ponerse de manifiesto las contradicciones que tal intento planteaba en el

mecanismo de salvaguarda del texto constitucional. Al fin y al cabo, ocurre que, como magistralmente sentó Schmitt, la “demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución”.³⁴⁸

Esta conclusión no podría ser, sin embargo, más errónea.³⁴⁹ El gran problema del liberalismo doctrinario se plantea en relación a las consecuencias que se derivan de una tal definición política del Poder Constituyente. Debe tomarse en consideración que al amparo de la doctrina de la soberanía compartida, el rey y el Parlamento son, en cuanto que creadores del documento de gobierno, Poder Constituyente y por tanto, como sujetos anteriores a aquél, superiores a la propia Constitución. Pero, al mismo tiempo, se presentan, en cuanto que destinatarios de los mandatos constitucionales, como poderes constituidos, teóricamente sometidos al código jurídico-político fundamental. Se produce, de esta suerte, una mixtificación entre Poder Constituyente y poderes constituidos, cuyas derivaciones resultan tan evidentes como inevitablemente peligrosas. La lógica interna del Estado consti-

texto europeo, y que, fundamentalmente, se concretaban en la existencia de unos monarcas que se resitían a abandonar su antiguo *status* de rey absoluto. El conflicto, en tales circunstancias, devenía inevitable. Téngase en cuenta que las primeras Constituciones europeas procedían a proclamar o bien la soberanía del pueblo, o bien la soberanía de la nación. Afirmación que, como es obvio, entraba en clara, frontal y radical oposición con los intereses políticos del monarca. Nada de extraño tiene, entonces, que aquellos primeros textos constitucionales, —que negaban los privilegios del rey y de los nobles— recibieran los más encarnizados ataques por parte del monarca y sus aliados naturales: los aristócratas. Así sucedió, en efecto, en Francia. Pero no sólo allí. Lo acaecido en España con la Constitución de 1812, es buena prueba de ello. Cfr. sobre esto último, Roura Gómez, S. A., *La defensa...., cit.*, nota 45, pp. 142-168. En todo caso, lo que nos interesa es que, llegados a este punto, es cuando surge la necesidad de procurar la defensa del orden constitucional liberal-burgués. Defensa de la Constitución que —como indica Pedro de Vega (“Prólogo” a Schmitt, C., *La defensa...., cit.*, nota 104, pp. 16 y 17)—, en tanto recibía ataques de naturaleza político-existencial, revestía, inevitablemente, formas políticas y totales. A este fin respondían, por ejemplo, en Francia la publicación del periódico *Le défenseur de la Constitution*, con el que se pretendía poner en práctica la doctrina jacobina del “pueblo en armas”, la creación del *Sénat conservateur* en la Constitución francesa del año VIII (1799), o, en nuestra literatura político-constitucional, la propuesta de un Salas y Cortés, R. (*Lecciones...., cit.*, nota 45, pp. 119-125) sobre el poder conservador (en relación con esta última propuesta, Cfr. Roura Gómez, S. A., *La defensa...., cit.*, nota 45, pp. 163-168).

³⁴⁸ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución...., cit.*, nota 104, p. 27.

³⁴⁹ Cfr. en el mismo sentido, Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, *op. cit.*, nota 33, pp. 398 y 399.

tucional, basada, como sabemos, en la desaparición del Poder Constituyente una vez que el texto constitucional ha entrado en vigor, se ve substituida por el más patente intento de perpetuar la actuación del soberano en condiciones de normalidad.

La principal significación del doctrinarismo liberal en la historia del constitucionalismo europeo es, en tales circunstancias, bien sencilla. En el fondo, nos encontramos con que lejos de venir a consolidar la teoría democrática del Poder Constituyente, sus afirmaciones esconden la fórmula más simple y expeditiva para la destrucción de la misma noción del Poder Constituyente; como la de que la soberanía pertenece al monarca y a la nación o la todavía más radical de Thiers y Guizot de que “No existe... un Poder Constituyente, sólo existen los poderes constituidos del Estado”,³⁵⁰ que encuentra su correlato en el XIX español en la declaración de Donoso, para quien la “potestad constituyente no reside sino en la potestad constituida, ni ésta es otra en nuestra España sino las Cortes con el Rey”.³⁵¹ El rey, pese a lo que parece dar a entender la teoría de la soberanía compartida, se convierte de hecho en el único titular de la soberanía. Esta circunstancia se hace todavía más patente si se toma en consideración que para resolver el conflicto de intereses entre rey/aristocracia, por un lado, y burguesía, por otro, al que se refiere Von Stein,³⁵² y apelando, de uno u otro modo, a la doctrina del *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur* teorizada por Benjamin Constant,³⁵³ el doctrinarismo liberal no dudó en hacer real el que, como de

³⁵⁰ Citado por Vega, P. de, “En torno...”, *op. cit.*, nota 3, p. 706.

³⁵¹ Estas palabras de Donoso se encuentran recogidas en el *Dictamen de la Comisión sobre la reforma de la Constitución de 1837*, IV, p. 221, citadas por Díez del Corral, L., *El liberalismo...*, *cit.*, p. 576. En todo caso, debe señalarse que las mismas no son sino la confirmación de su tesis sobre la soberanía, expuestas en la cátedra de derecho político del Ateneo madrileño en el curso 1836-1837. Particularmente significativo es, a este respecto, el siguiente párrafo: “Hay dos clases de soberanías; la soberanía de hecho, que reside en las autoridades constituidas; a esta soberanía la llamo poder, y existe en todas las sociedades humanas; y la soberanía de derecho, que los filósofos y las Constituciones localizan, ya en los pueblos con el nombre de soberanía popular, ya en los reyes con el nombre de derecho divino, y que consiste en la posesión de una autoridad no recibida de nadie, es decir, preexistente, y que, como Dios, con una sola palabra crea todos los poderes de hecho, que con otra sola palabra puede también aniquilar”. Véase Donoso Cortés, J., *Lecciones...*, *cit.*, nota 280, p. 17.

³⁵² Cfr. Stein, L. von, *Movimientos sociales y monarquía*, Madrid, 1981, pp. 191-379.

³⁵³ Cfr. Constant, B., “Principios de política”, *Escritos políticos*, Madrid, 1989, pp. 20-35. En relación con esta doctrina, así como sobre su posible interpretación democrática, cfr. Vega, P. de, “El poder moderador”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 116,

manera rotunda sentenciaría Otto Mayer, “El protector supremo de la Constitución es el Rey”.³⁵⁴

Esta negación de la teoría democrática de Poder Constituyente, pieza central, nuclear y basilar de todo el edificio constitucional, habría de producir la más rotunda falsificación de los otros dos principios inspiradores y conformadores del constitucionalismo moderno. Perversión del principio liberal en cuanto que, lejos de proclamar y hacer efectiva la puesta en marcha de la división de poderes, supuesto básico y necesario para el correcto funcionamiento del Estado constitucional como Estado burgués de derecho, como bien indicó Carl Schmitt,³⁵⁵ el doctrinarismo liberal, en su empeño por mantener al monarca como sujeto soberano, procedería a la confusión de poderes. “A fin de cuentas [escribe con meridiano acierto De Vega], la única manera de salvaguardar realmente los poderes de Jefe del Estado como poder constituido, era no precisando tampoco las atribuciones y competencias, en un sistema jurídico coherente, del resto de los órganos estatales”.³⁵⁶

Negación del principio de supremacía constitucional, ya que la no admisión de la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, trae como consecuencia inmediata la imposibilidad de reconocer políticamente la condición de *lex superior* de la Constitución. Lo que encontraría su confirmación con el intento, a nivel jurídico, de transformar aquella en una mera ley ordinaria. Para ello, nada mejor que olvidarse de establecer un procedimiento específico para llevar a cabo la revisión de la Constitución —por utilizar la expresión de Posada—,³⁵⁷ de modo y manera que, como está generalmente aceptado por la doctrina,³⁵⁸ quedará equiparada a cualquier otro

2002, pp. 7-24. En este último sentido, y en referencia concreta al presidente de la I República española, *cfr.* el trabajo de mi colaborador Roura Gómez, Santiago A., “El control político de constitucionalidad en el Proyecto Federal de 1873”, *Derecho*, Huarte de San Juan, núm. 2, 1995, pp. 174-183.

³⁵⁴ Mayer, O., *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, Tubinga, 1909, p. 214.

³⁵⁵ *Cfr.* Schmitt, C., *Teoría...*, *cit.*, nota 39, pp. 186-200.

³⁵⁶ Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, *op. cit.*, nota 33, p. 399.

³⁵⁷ *Cfr.* aunque referido de manera expresa a la Constitución española de 1876, Posada, A., *La reforma constitucional*, Madrid, 1931, p. 170, nota 7; *La nouvelle...*, *cit.*, nota 45, pp. 70 y 71; *Tratado de derecho político*. II. *Derecho constitucional comparado*, 5a. ed. Madrid, 1935, pp. 298 y 299.

³⁵⁸ Sin ánimo de ser exhaustivos, *cfr.* Barile, P., “La revisione della Costituzione”, *Scritti di diritto costituzionale*, Padua, 1967, pp. 66 y 67. Carré de Malberg, R., *Teoría general...*, *cit.*, nota 54, p. 1.213, nota 30; Contini, G., *La revisione costituzionale in Italia*, Milán, 1984, p. 17; Kelsen, H., *Teoría generale...*, *cit.*, nota 92, pp. 331 y 332; Martines, T., *Diritto...*, *cit.* p. 225; Mortati, C., voz “Costituzione”, *Enciclopedia del di-*

producto normativo del Parlamento y en consecuencia, podrá ser modificada formalmente a través del procedimiento legislativo ordinario. Esta afirmación acaso requiera alguna aclaración.

Nadie puede dudar, en este sentido, que también en el marco del constitucionalismo flexible puede verificarse la proclamación de la soberanía popular o nacional. Tal es el caso, por ejemplo, de nuestra Constitución de 18 de junio de 1837.³⁵⁹ Con ello, sus autores podrían pretender presentar al texto constitucional como la obra del pueblo, o de la nación. La separación entre el sujeto soberano y unos gobernantes sometidos a la voluntad de aquél encontraría, en tal caso, su plena realización en el momento inicial. Las bases nucleares para la afirmación de la supremacía de la Constitución estarían, así mismo y en vía de principio, solidamente asentadas.

Ahora bien, si esto es así, debemos advertir de manera inmediata que esa supremacía constitucional es, desde la perspectiva de la realidad, una idea sin contenido práctico alguno. Al no existir, en las Constituciones flexibles, un procedimiento específico para llevar a cabo las modificaciones formales del texto constitucional, sino que éste se reformará por el procedimiento legislativo ordinario y por el Legislador ordinario, lo que sucede es que, por más que se halle aseverada en el momento fundacional, la distinción Poder Constituyente-poderes constituidos acaba desvaneciéndose en la dinámica del sistema. Y lo hará en favor de los poderes constituidos que, en último extremo, se convierten en los únicos depositarios de la soberanía en el Estado.

Las consecuencias que se derivan de lo anterior, son, a todas luces, evidentes. En primer lugar, nos encontramos con que aunque el constitu-

ritto, Milán, 1962, vol. XI, p. 189; *Istituzioni...*, cit., nota 169, t. I, pp. 330 y 331, y t. II, pp. 1.224 y ss.; Pérez Serrano, N., “El Poder Constituyente”, *op. cit.*, nota 7, pp. 262 y 282, nota 36; *Tratado...*, cit., nota 45, pp. 470 y 471. Schmitt, C., *Teoría...*, cit., nota 39, pp. 41 y 42. Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp. 85 y 86. Calzada Conde, R., *La reforma constitucional y la mutación en el ordenamiento constitucional* (Tesis doctoral inédita), Salamanca, 1987, vol. 2, p. 547.

³⁵⁹ En relación con ésta, y teniendo en cuenta lo que se dirá a continuación en el texto, a nadie podrá extrañar que nos sumemos a la opinión de Pedro de Vega de que “Es verdad que la Constitución de 1837 presentaba un carácter democrático y progresista frente al Estatuto de 1834, pero no es menos evidente que, al ser una Constitución flexible y que no declaraba expresamente el principio de supremacía constitucional, su sentido de instrumento garantizador de los derechos de los ciudadanos, y su carácter de medio de protección de las minorías, resultan, por definición, muy precarios” (“Constitución y democracia”, *op. cit.*, nota 52, p. 82).

cionalismo flexible pretenda, o pueda pretender, edificarse sobre el principio democrático, es lo cierto que, por su propia esencia, tal sistema acaba negando la teoría democrática del Poder Constituyente. En efecto, es menester indicar que de nada serviría afirmar al Pueblo como soberano en el momento de decidir los modos y las formas por las que va a regirse, si tan pronto como la Constitución ha sido establecida se le va a desterrar de esa posición, para confirmar en ella al gobernante.

La soberanía, o es permanente, o no es nada. Jean Bodin había llamado ya la atención sobre este particular, y su sentencia es, según nuestro parecer, plenamente aplicable al pueblo en el constitucionalismo moderno. De acuerdo con este gran jurista y pensador político francés, “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república... Digo que este poder es *perpetuo*, puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o a varios por tiempo determinado, los cuales, una vez transcurrido éste, no son más que súbditos”.³⁶⁰ En el constitucionalismo flexible, la verdadera condición de soberano concurrirá, entonces, en esos gobernantes que, aunque creados de manera formal por la Constitución, pueden alterarla a su libre voluntad.

Resultado inmediato de lo anterior, será, en segundo término, la imposibilidad práctica del significado jurídico-político del principio de supremacía. Al no poder presentarse el pueblo como el titular permanente, o perpetuo, de un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, que, en todo caso, mantiene su soberanía mediante el texto constitucional que es obra suya, no existe, en el marco del constitucionalismo flexible, título alguno que realmente obligue a los gobernantes a sujetar su actuación a la Constitución y el derecho.

La naturaleza de *lex superior* del código fundamental deviene, en tales circunstancias, en una mera quimera. En realidad, aquél aparecerá equiparado en todo a la Ley ordinaria y, por ello mismo, sometido al albur de los intereses concretos y coyunturales de los supuestos poderes constituidos.

Así las cosas, el juicio que merece el constitucionalismo doctrinario se hace evidente. Es menester afirmar que, lejos de venir a consolidar el Estado constitucional, lo que en realidad hizo el liberalismo doctrinario fue hacerlo inviable. En efecto, en la medida en que, bajo su influencia política, se verifica la más rotunda negación de todos los principios inspiradores del

³⁶⁰ Bodin, J., *Los seis libros de la República* (1576), Madrid, 1985, libro primero, capítulo VIII, p. 47.

constitucionalismo moderno, y de manera fundamental la del principio democrático como clave de bóveda del sistema, lo que el doctrinarismo liberal produjo fue un pseudo-constitucionalismo, que para lo que en verdad servía era para enmascarar situaciones de dictadura más o menos encubierta.

IV. EL DEFINITIVO TRIUNFO DEL CONSTITUCIONALISMO EN EUROPA: EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y SOCIAL

Porque todo lo anterior es cierto, se alza ante nosotros una realidad inquestionable. El *Estado constitucional* sólo adquiere auténtica entidad y significado pleno en Europa, cuando el mismo se presenta bajo la forma de Estado constitucional democrático y social. Lo que, como a nadie puede ocultársele, nos sitúa ya en el siglo XX, y de una manera más concreta, en el final de la Primera Guerra Mundial.

Es menester advertir que son, de nuevo, circunstancias de naturaleza política las que, al llevar a cabo la substitución del viejo Estado constitucional liberal por el Estado constitucional democrático y social, determinarán la suerte que, a nivel jurídico, va a correr la Constitución. No debe ignorarse, en este sentido, que lo que realidad supone aquél fenómeno es que, como consecuencia de un substancial cambio en las fuerzas políticas, la confrontación entre el principio monárquico y el principio democrático, que había presidido la vida política europea desde la Revolución francesa hasta 1919, va a conocer a partir de esa fecha y en la construcción del constitucionalismo democrático y social, una solución muy distinta a la que había operado a lo largo del siglo XIX. En efecto, ocurre que frente a la afirmación, expresa o camuflada, del principio monárquico y con ello, el falseamiento de todos los presupuestos basilares del constitucionalismo moderno, el ascenso al poder de las fuerzas democráticas y progresistas determinó que lo que ahora se afirme sea el principio democrático. Lo que se hará, además, de una manera clara, decidida y sin ambages de ningún tipo.

Se abría, así, un proceso que se inicia con el fin de la Primera Guerra Mundial, y que, habida cuenta los quebrantos que produjo el ascenso del fascismo en el período entreguerras, habrá de culminar con el fin de la Segunda Guerra Mundial. Proceso que, sin disputa, encontrará su rasgo más significativo en el hecho de que por fin, en Europa va a producirse la plena, total y absoluta aceptación ideológica los principios y presupuestos sobre los que se edifica el moderno Estado constitucional. El constitucionalismo

democrático y social venía, de esta suerte, a corregir la gran falla que presentaba el Estado liberal. Los textos constitucionales pasan a ser comprendidos como auténticas Constituciones, y, como tales, comenzarán a surtir todos sus efectos, incluido el de su singular fuerza normativa. Nos sumamos, así, a la tesis del maestro De Vega, para quien “La indiscutibilidad ideológica de los principios y el acuerdo en los presupuestos políticos en los que descansa la idea de Constitución, es lo que ha permitido al constitucionalismo surgido a partir de la Segunda Guerra Mundial, ponderar debidamente su dimensión jurídica y su proyección normativa”.³⁶¹ La tradición constitucional europea queda, en tales circunstancias, equiparada de manera definitiva a la tradición estadounidense.

Todas estas transformaciones de carácter político y jurídico, habrían de tener su reflejo en el ámbito académico. Me refiero, claro está, a la forja dogmática de la idea de la Constitución como norma jurídica, que encontró su máxima expresión en la obra de Kelsen y sus discípulos. Ésta, en todo caso, sólo pudo alcanzar su plenitud en el marco del Estado constitucional democrático y social. Por tratar de dar el mayor grado de claridad posible a mi discurso, estimo conveniente detenernos en esta afirmación.

Nadie puede negar que, para el reconocimiento del valor jurídico de la Constitución, fueron decisivas las aportaciones teóricas del positivismo jurídico, y de manera fundamental las de la Escuela Alemana de Derecho Público de los Von Gerber, Laband y Jellinek; de igual modo que nadie discute el hecho de que corresponde a esta Escuela, —y de manera muy singular a Jellinek, con quien este método alcanzaría su cénit y, paradójicamente, determinaría el inicio de su ocaso—³⁶² el gran mérito de haber iniciado el tratamiento científico del derecho público europeo.³⁶³ En efecto, fueron ellos quienes, actuando inicialmente con la metodología propia del derecho privado,³⁶⁴ llevaron a cabo la construcción de un gran sistema doctrinal que, al

³⁶¹ Vega, P. de, “Prólogo” a Cabo de la Vega, A. de (ed.), *Constitución española de 27 de diciembre de 1978*, cit. nota 321, pp. XX y XXI.

³⁶² Cfr. Vega, P de, “El tránsito...”, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

³⁶³ Cfr. en este sentido, Ríos, F. de los, “Prólogo” *Teoría general del Estado*, Jellinek, E., cit., nota 95, p. VIII.

³⁶⁴ Cfr. Heller, H., “La crisis...”, *op. cit.*, nota 97, p. 40. Sobre este extremo, cfr. también, Hesse, K., *Derecho constitucional...*, cit., pp. 40 y ss. Señala Hesse que uno de los rasgos más distintivos de las primeras formulaciones dogmáticas del derecho público, y del derecho constitucional en concreto, fue precisamente, el de su falta de autonomía científica respecto del derecho privado; falta de autonomía científica que sería reprochada de manera fundamental desde la doctrina iusprivatista; véase Hesse, K., *loc. ult. cit.*,

elevar el dogma de la personalidad jurídica del Estado a la condición de pieza medular y nuclear del mismo,³⁶⁵ sirvió para fundamentar jurídicamente el obrar del Estado, a la par que logró dotar al derecho público de una seguridad y firmeza similares a las que, desde Roma, sirvieron de apoyatura al derecho privado.

No es menos cierto que no será sino hasta la aparición de la obra de Kelsen, cuando la afirmación del valor jurídico de los textos constitucionales encuentre su verdadero sentido y magnitud. Lo que, en todo caso, no puede ser considerado como casual.

Es menester indicar que si, como decidido partidario del formalismo jurídico, Kelsen, por su método de trabajo y para su desgracia, el uso que de él hicieron las dictaduras,³⁶⁶ pudo ser definido por un Hermann Heller como “el consecuente ejecutor testamentario”³⁶⁷ de Laband y, asimismo, acusado de “haber conducido *ad absurdum* de modo definitivo el positivismo lógico-jurídico en la Teoría del Estado, aplicándolo con gran vigor y profunda agudeza”,³⁶⁸ es cierto que entre los autores de la Escuela Alemana de Derecho Público y él van a existir ciertas diferencias harto significativas en cuanto al punto de partida de sus respectivas construcciones y en cuanto al posicionamiento ideológico. No debe olvidarse que, como ha señalado De Vega, junto al Kelsen formalista de la *Teoría pura del derecho*, la *Teoría general del Estado* o la *Teoría general del derecho y del Estado*, que es al que, con justicia, criticaba Heller, existe el Hans Kelsen demócrata de, por ejemplo, *Esencia y valor de la democracia*, que, a la postre, resulta mucho más útil para la ponderada y cabal comprensión del moderno Estado constitucional. Entre otras cosas, porque

pp. 43 y 44, donde se hace eco de la crítica recensión de Otto von Gierke a la obra de Laband. Por otra parte, interesa destacar que la adopción de la metodología iusprivatista por parte de la Escuela Alemana de Derecho Público no resultaba políticamente neutra, sino, muy al contrario, interesada para fortalecer la *potestas* del *Kaiser*. En este sentido, debe recordarse lo que, de la mano de Baldassarre, A., (“Constitución...”, *op. cit.*, nota 33, pp. 18 y 19), se indicó en el capítulo 1, ep. 2.

³⁶⁵ Cfr. Battaglia, F., “El dogma de la personalidad jurídica el Estado”, *Estudios de teoría del Estado*, *cit.*, nota 187, p. 73. Véase también, del mismo autor, “Observaciones sobre la *realidad* del Estado”, y “Realidad y personalidad del Estado”, recogidos ambos en el mismo volumen, pp. 39-69 y 153-155.

³⁶⁶ Cfr. Heller, H., “Europa y el fascismo”, *cit.*, nota 33, pp. 30 y 31, por ejemplo. Sobre esta problemática, véase *supra*, nota 33 del capítulo 1.

³⁶⁷ Heller, H., *La soberanía...*, *cit.*, nota 15, pp. 90, y 149 y ss.

³⁶⁸ Heller, H., “La crisis...”, *op. cit.*, nota 97, p. 52.

...a pesar de la asepsia valorativa, proclamada tan solemnemente por Kelsen, la superación que su obra implicaba de los postulados del viejo positivismo, no dejó por fortuna de tener importantes y significativas consecuencias políticas. Sus embates a la personalidad jurídica del Estado, consciente o inconscientemente, sirvieron para desmontar los mitos de un Estado de Derecho... que bajo la socorrida fórmula de conferir la soberanía al Estado como persona jurídica, había permitido ocultar la más absoluta negación del principio democrático, fundamento y base de toda la construcción del Estado Constitucional.³⁶⁹

Ha de recordarse que, con independencia de lo que denunció Heller,³⁷⁰ su formalismo les condujo al absurdo de edificar una teoría del Estado sin Estado y una teoría de la Constitución sin Constitución, Von Gerber, Laband y Jellinek construyeron su doctrina del Estado y la Constitución desde el principio monárquico. Circunstancia que, como había denunciado ya Max von Seydel,³⁷¹ confiere a su obra un carácter marcadamente autoritario. Tanto es así, que en modo alguno resulta exagerado afirmar que aquéllos se convirtieron en los grandes teóricos del poder, y que su finalidad era, pura y simplemente, la de asegurar el poder del monarca. Todo lo contrario sucede con Kelsen. En efecto, el creador del grupo de Viena actuará desde el principio democrático y, además, pondrá todo su ingenio al servicio de la defensa de la *Weltanschauung* democrática, que entiende claramente en peligro como consecuencia del auge que en los 1920-1930 están conociendo los fascismos. Es por ello por lo que Kelsen puede ser considerado, en tanto que jurista positivista, como el gran teórico de régimen democrático.³⁷²

Obvio resulta, en tales circunstancias, que las consecuencias a las que han de llegar unos autores y otro habrían de resultar muy distintas. De nada servirá el que, por ejemplo, Georg Jellinek afirmase que las “Constituciones contienen preceptos jurídicos”,³⁷³ o que se trata de unas normas jurídicas singulares en cuanto que “leyes constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad... Solamente donde

³⁶⁹ Vega, P. de, “El tránsito...”, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

³⁷⁰ Cfr. Heller, H., *Teoría...*, *cit.*, nota 6, pp. 68 y 69; véanse, también, pp. 42 y 43.

³⁷¹ Cfr. Seydel, M. von, *Staatsrechtliche und Politische Abhandlungen*, Leipzig, 1893, p. 140.

³⁷² Cfr. Baldassarre, A., “Constitución...”, *op. cit.*, nota 33, pp. 23 y 24; véase, en general, pp. 22-25, y 27 y ss.; Pergola, A. la, “Premessa”, *La giustizia costituzionale*, Kelsen, H., *cit.*, nota 317, p. X; Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, *op. cit.*, nota 33, p. 396.

³⁷³ G. Jellinek, *Reforma...*, *cit.*, nota 95 p. 4.

se dan semejantes garantías puede hablarse, propiamente de leyes constitucionales en sentido jurídico. Cuando faltan tales garantías esas leyes no se distinguen en nada, según el Derecho constitucional, de las otras”,³⁷⁴ o, finalmente, el que de estas garantías se deriva una cierta superioridad de la Constitución, en el sentido de que:

Por encima del legislador [ordinario] se eleva aún el poder superior de las leyes fundamentales, que son los pilares firmes en que se basa toda la estructura del Estado. Estas leyes fundamentales, incommovibles, difíciles de cambiar, deben dirigir la vida del Estado merced a su poder irresistible. No pueden alterarse por los poderes establecidos, sólo pueden modificarse según sus propias normas que son difícilmente actuables.³⁷⁵

Ello por cuanto que al afirmar el principio monárquico toda la lógica del derecho constitucional se ve, de una u otra suerte, negada por la Escuela Alemana de Derecho Público. En particular, la verdadera consideración de la Constitución como ley superior y suprema que, como tal, se impone a todos los operadores jurídicos y políticos del Estado.

La razón es fácilmente comprensible. Ha de tomarse en consideración, a este respecto, que los dos principios básicos y medulares del Estado Constitucional —el principio democrático, conforme al cual la soberanía sólo puede corresponder al Pueblo,³⁷⁶ y el principio de supremacía constitucional, por el que se entiende que todas las autoridades que actúan en su seno se encuentran obligadas al cumplimiento de la Constitución, que es la obra del propio Pueblo— se hallan ausentes en toda la construcción de la Escuela Alemana de Derecho Público. En efecto, “Lo que forja la dogmática del derecho público alemán es el Principio Monárquico, según el cual la soberanía, si bien se asigna al Estado, continua encarnada en la figura del príncipe”.³⁷⁷ De esta suerte, lo que sucede es que el monarca, como verdadero soberano, se sitúa por encima de la propia Constitución. Con lo que, de manera inevitable, su fuerza normativa queda limitada a la mera organización de los poderes del Estado. Así las cosas, no habría de resultar exagerado afirmar que lo que en realidad hicieron los autores de la Escuela Alema-

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 15. Cfr. también, Jellinek, G., *Teoría general...*, cit., nota 95, pp. 401 y ss., en particular p. 403.

³⁷⁵ Jellinek, G., *Reforma...*, cit., nota 95, p. 5.

³⁷⁶ Cfr. en este sentido, y por todos, Vanossi, J. R. A., *Teoría constitucional*. I..., cit., nota 43, pp. 275-296.

³⁷⁷ Vega, P. de, “Jurisdicción constitucional...”, *op. cit.*, nota 165, p. 102, nota 21.

na de Derecho Público fue, de algún modo, poner en práctica una nueva versión de lo que, en relación con el medievo, McIlwain³⁷⁸ había denominado “enigma Bracton”.

Todo lo contrario sucede con la construcción teórica de Kelsen. En efecto, la aceptación del principio democrático le llevará a considerar, dejando ahora al margen sus disquisiciones sobre la *Grundnorm*,³⁷⁹ que la fuerza normativa de la Constitución depende de su condición de ser la obra de un Poder Constituyente que, realizada su labor desaparece de la escena política en condiciones de normalidad. Es, en todo caso, desde este entendimiento desde donde únicamente cobra sentido su afirmación de que en el Estado constitucional la única soberanía posible es la de la Constitución y el derecho.³⁸⁰ Naturalmente, en la medida en que la Constitución es entendida como Ley Suprema es por lo que, en definitiva, Kelsen le puede conferir una plena efectividad jurídica y, en consecuencia, teorizar la justicia constitucional, concebida, al menos originariamente, como un mecanismo al servicio de la defensa de la democracia.

Todos estos cambios, sin duda sustanciales y trascendentales, traen causa del triunfo definitivo del principio democrático. Es, justamente, merced a este triunfo como la Constitución pasa a ser entendida como la expresión de la voluntad del *Pouvoir Constituant* y, como tal, se configura, gracias a la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos que introduce el principio de rigidez —que fue recuperado por el constitucionalismo europeo en el siglo XX— convenientemente asegurado por el control de constitucionalidad, como la ley suprema en el Estado.

³⁷⁸ Cfr. McIlwain, C. H., *Constitucionalismo...*, cit., nota 181, pp. 91-116, especialmente pp. 99 y ss.

³⁷⁹ Sobre las contradicciones que plantea la doctrina de la *Grundnorm*, cfr., Conte, A. G., voz “Norma fondamentale”, *Novissimo digesto italiano*, 3a. ed., Turin, 1965, vol. XI, pp. 328 y 329. En general sobre la construcción kelseniana y su crítica, cfr. Lucas Verdú, P., “La teoría escalonada del ordenamiento jurídico como hipótesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre la «estructura de la civilización»”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 66, 1989, pp. 7-65; “El orden normativista puro (supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990, pp. 7-93.

³⁸⁰ Cfr. Kelsen, H., *Teoría generale...*, cit., nota 92, pp. 141 y ss.