

les desde el punto de vista externo, de la moral crítica. En cambio, el moralismo trata de diluir esta diferenciación acentuando que toda crítica debe partir y terminar en los valores compartidos por la comunidad; es decir, toda crítica moral es interna. Tal postura hace difícil la explicación del cambio en los valores sociales, y también condena toda disidencia de la moral social.

Puede afirmarse que el uso del término «moral» que ha utilizado Lord Devlin corresponde al sentido «social». La moral que debe ser protegida es aquella que manifiestan los individuos que forman la sociedad, es decir, sus convicciones y actitudes frente a las acciones de sus congéneres.

La adopción de este sentido social o antropológico de la noción «moral» plantea graves inconvenientes como punto de apoyo justificador de las prohibiciones que puede imponer un derecho. Como señala R. Dworkin, aunque sea cierto que una comunidad manifieste un tremendo aborrecimiento hacia una conducta (por ejemplo, la homosexualidad), también puede ser que dicha opinión no se sustente en ningún argumento racional, sino todo lo contrario, que sea un conglomerado de prejuicios (por ejemplo, que los homosexuales son moralmente inferiores) y de aversiones personales no reflexionadas. En estos casos, es improbable que el «hombre razonable» pueda ofrecer razones autónomas y críticas al respecto.

En estos supuestos, la adhesión al principio de la mayoría como criterio de resolución de cuestiones morales se presenta como problemática. Los prejuicios y las aversiones personales inherentes a la moralidad positiva no justifican la limitación de ciertos derechos. En la misma línea, el legislador o el juez que debe resolver un dilema debe considerar y tener en cuenta la práctica moral generalmente observada, pero no está justificado que se adhiera a ella acríticamente.

Frente al moralismo legal, cualquier teoría que defienda la disminución entre daño a terceros y daño a la moral de una comunidad está, en principio, mejor posicionada para tratar de solucionar los problemas en los que se encuentra una comunidad que da cobijo a diferentes concepciones morales positivas.

Como se verá más adelante, cuando se analice una concepción liberal de la justicia como la de John Rawls, una teoría de estas características supone el reconocimiento de la pluralidad de creencias y concepciones morales, cuya coexistencia puede lograrse a través de una teoría procedimental de la justicia.

ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

ALFRED FONT BARROT Y JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO

3.1. Estado y ciudadanos

ALFRED FONT BARROT

DENOMINAMOS ESTADO, EN LOS MISMOS términos que en el capítulo primero, a la organización jurídico-política que ejerce la soberanía sobre una población y un territorio y que, como institución, genera y sanciona de manera excluyente el conjunto de normas que integran un determinado sistema jurídico. Podríamos añadir, desde el punto de vista del derecho internacional, que también es normalmente una condición necesaria para ser considerado un Estado soberano el reconocimiento internacional generalizado.

3.1.1. El Estado de derecho

En el mundo contemporáneo —o por lo menos en su parte más afortunada— la idea de Estado está asociada a ciertas características jurídico-políticas que identifican el modelo de *Estado de derecho democrático*. A continuación, las explicamos en términos generales:

a) **Sumisión a la ley.** El Estado de derecho será sometido a la ley, es decir, el Estado sólo actúa si existe una norma que le faculte para ello y hasta donde se lo permite. La ley autoriza, limita y controla la acción del Estado. Esta primera propiedad que caracteriza el Estado de derecho se formula básicamente en términos jurídicos como *principio de legalidad*. Toda actividad de los poderes del Estado está sometida a ese principio. Lo opuesto sería el Estado totalitario que, sin límites legales, invade arbitrariamente los diversos ámbitos sociales y personales.

De la sumisión del Estado a la ley —y de la prohibición de la arbitrariedad que de tal sumisión se deriva— depende también la *seguridad jurídica* de los ciudadanos. Seguridad jurídica significa certeza y previsibilidad. Supone poder saber cuáles son las normas, cuáles los derechos y las obligaciones y hacer previsiones razonables acerca de las consecuencias jurídicas de nuestros actos y de los actos de los demás. La seguridad jurídica no implica forzadamente justicia (las normas pueden ser injustas), pero es una condición necesaria para la justicia.

b) **Soberanía de los ciudadanos y democracia.** Todos los poderes del Estado emanan de los ciudadanos (o «del pueblo», como dicen con poca fortuna y en terminología del Antiguo Régimen algunas constituciones, entre ellas la española). Está asegurada la *participación democrática* mediante el pluralismo político, las elecciones periódicas por sufragio universal y el control parlamentario. Lo opuesto al Estado democrático es el Estado dictatorial, sin elecciones libres, ni partidos, ni control sobre el Gobierno.

c) **Separación de los poderes del Estado.** El principio de la *división de poderes* separa la función de crear las leyes de la función de ejecutarlas y dirigir la acción política, así como de la función de administrar justicia y controlar la legalidad. El monarca absoluto posfeudal tenía

poderes absolutos, esto es, concentraba todos los poderes del Estado, era el Estado, según la célebre expresión de Luis XIV: «El Estado soy yo.» Durante el siglo XVIII varios filósofos políticos formulaban la idea de separar las diferentes funciones: legislativa, ejecutiva y judicial, confiando cada una de ellas a un órgano especializado con el fin de crear dentro del Estado un sistema de pesos y contrapesos que evite el abuso y la tiranía que inevitablemente se deriva de la concentración de poder. John Locke²² y el barón de Montesquieu²³ son probablemente los representantes más reconocidos de la teoría de la separación de funciones o poderes.

La Constitución de EE.UU. (1787), que ya hemos citado varias veces por su valor fundacional, es la primera en fijar por escrito de forma inequívoca la división de los poderes del Estado: el poder legislativo reside en el Congreso, el ejecutivo en el Presidente y el judicial en el Tribunal Supremo y otros tribunales inferiores. El modelo fue seguido después por todo el constitucionalismo occidental. La idea general de la estructura y organización de los Estados liberales sería la siguiente: un *parlamento* formado por una *asamblea* o *cámara* (o dos, en cuyo caso se llama *bicameral*), cuyos miembros han sido elegidos democráticamente, formula las leyes, que son la expresión de la *voluntad general*; un *gobierno* investido o de alguna manera controlado o condicionado por ese parlamento aplica las leyes y dirige la política y la administración; un sistema de *jueces* independientes administra justicia entre los particulares y controla la legalidad de las disposiciones y los actos de la administración.

d) **Jerarquía normativa.** En el Estado de derecho las diferentes clases o categorías de normas guardan entre sí una relación jerárquica, es decir, se ordenan en una escala según su nivel de importancia, como una pirámide en cuyo vértice estaría la ley fundamental o Constitución. Ninguna norma puede contradecir a otra superior en jerarquía. Las competencias, las formalidades y mayorías requeridas para dictar normas dependen de su nivel de importancia; por ejemplo, para aprobar una Constitución hace falta una mayoría muy cualificada de una asamblea constituyente, mientras que para aprobar una ordenanza municipal basta la mayoría simple de un consejo municipal.

e) **Derechos y libertades públicas.** Los ciudadanos tienen garantizada —normalmente por una Constitución escrita— una lista de *garantías, derechos fundamentales y libertades públicas*. Estos derechos configuran un espacio de protección personal que el Estado no puede interferir ni limitar arbitrariamente.

f) **El Estado es aconfesional.** Estado e iglesias están separados, ninguna religión tiene carácter oficial y se reconoce el derecho a la libertad religiosa.

El primer precedente en el mundo moderno es el *bill of rights* o lista de derechos civiles contenidos en las primeras diez *enmiendas* que siguen al articulado de la Constitución de Filadelfia y que ha sido un modelo para las constituciones posteriores. La primera enmienda garantiza la no confesionalidad del Estado (tanto en el sentido de separación entre las iglesias y el Estado, como en el sentido de *neutralidad* del Estado ante las diferentes iglesias) y también la libertad religiosa (no se podrá prohibir el ejercicio de una religión), junto con los derechos a la libertad de expresión, de prensa, de reunión y de petición.

En Europa el texto jurídico fundador de los derechos y libertades no es una Constitución propiamente dicha sino la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de la Asamblea Nacional francesa (1789). Al célebre artículo 1 («Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos») siguen los derechos a la libertad, la propiedad, la seguridad, la no opresión, la soberanía de la nación, la sumisión a la ley como expresión de la voluntad general, las garantías procesales, la presunción de inocencia, las libertades de expresión y de prensa y la separación de poderes.

Las propiedades enumeradas se corresponden con la noción que del Estado tiene el liberalismo político, cuyo modelo jurídico originario es la Constitución de EE.UU. (Filadelfia, 1787). Por otra parte, en términos también muy generales, en el liberalismo político la principal función del Estado en relación a los ciudadanos es la de garantizar la autonomía de sus planes de vida, sin otro límite que la autonomía de cada uno de los demás. Las restricciones legales están justificadas básicamente por el *daño a tercero* y el *interés general*, no por la imposición de modelos virtuosos o perfeccionistas.

Sin embargo, muchos Estados existentes y reconocidos internacionalmente no cumplen estas expectativas. Estados *totalitarios* carecen de límites jurídicos e invaden arbitrariamente ámbitos sociales y personales y Estados *dictatoriales* actúan sin control democrático y niegan a

sus ciudadanos no sólo el derecho de participación política, sino también los derechos de expresión, manifestación y asociación. Durante el siglo xx los fascismos, por un lado, y diversas utopías sociales, por otro, han dado lugar no solamente a Estados totalitarios y dictatoriales, sino directamente a Estados asesinos, exterminadores de sus propios ciudadanos. En el siglo XXI subsisten Estados teocráticos, Estados policiales, Estados carcelarios, Estados mafiosos y demás abominables variantes de la injusticia, la tiranía y, en definitiva, de la criminalidad.

Aunque existe una relación conceptual e histórica entre liberalismo político y liberalismo económico, las características de cada uno no coinciden necesariamente en un mismo tipo de Estado. Es verdad que los países políticamente liberales tienen también una economía de mercado libre, pero se dan grandes diferencias entre ellos en cuanto al peso del sector público, el grado de intervención y regulación de la actividad económica y la intensidad de las políticas de redistribución. En cambio, hay países dictatoriales y totalitarios en los que la economía de mercado —si bien normalmente con barreras de entrada mafiosas— discurre prácticamente sin ninguna regulación porque la equidad no es un valor para las tiranías y, en realidad, la eficiencia tampoco. También quedan países no democráticos que ondean la bandera revolucionaria de una economía planificada (y normalmente arruinada) por los ocupantes del poder del Estado.

3.2. El Estado constitucional español

ALFRED FONT BARROT

La Constitución de Cádiz de 1812,²⁴ la primera Constitución española propiamente dicha, se inspiró directamente en la Constitución de Filadelfia y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Introdujo la soberanía de la nación y la división de poderes, pero mantuvo rasgos absolutistas, como la confesionalidad del Estado, y configuró de manera muy restringida el derecho de sufragio. Esta Constitución tuvo una vida corta (en 1814 regresó el absolutismo con Fernando VII) y reapareció después de manera intermitente en dos períodos muy breves durante el siglo XIX. Pese a su vigencia accidentada y corta tuvo siempre una enorme importancia simbólica para el liberalismo político español, abrió el camino a las que la siguieron y ejerció una notable influencia en las repúblicas americanas, que la tomaron como modelo en las constituciones de la independencia.

Los vaivenes políticos del siglo XIX en España y la eterna tensión entre liberales y absolutistas, republicanos y monárquicos, librepensadores y clericales, isabelinos y carlistas, se reflejaron en varias constituciones, de vida también muy breve —algunas no pasaron de la fase de proyecto— hasta que el golpe de Estado del general Pavía liquidó la Primera República Española y se produjo la Restauración monárquica en la persona de Alfonso XII, en 1874. La siguiente Constitución de 1876 (vigente hasta 1931) consagró una monarquía constitucional en la que el rey mantenía inmensas prerrogativas, tanto legislativas como ejecutivas, que le permitían dirigir a su criterio la política nacional. El intervencionismo real, mitigado durante la regencia de María Cristina, viuda de Alfonso XII, fue muy acusado durante el reinado de Alfonso XIII, y la mayoría de los historiadores atribuyen al alocado protagonista político del rey (incluida por supuesto su aquiescencia a la dictadura del general Primo de Rivera) la principal causa de la caída de la monarquía y el advenimiento de la Segunda República.

En las elecciones municipales del día 12 de abril de 1931 vencieron los candidatos republicanos en la mayoría de las grandes ciudades españolas. El día 14 de abril se proclamó la República y Alfonso XIII abandonó España en un buque de guerra, desde la base naval de Carragena. Al día siguiente partió el resto de la familia real, en tren, con destino a París. Las Cortes Constituyentes aprobaron, el 9 de diciembre del mismo año, la Constitución republicana de 1931.

Heredera de nuevo de los principios de Filadelfia y París y simbólicamente, de los de Cádiz, la Constitución de 1931 aseguró por primera vez en España la separación efectiva de los poderes del Estado. El poder ejecutivo residía en el Presidente de la República, como jefe del Estado (mandato de seis años), el legislativo en las Cortes (asamblea unicameral: Congreso de los Diputados) y el judicial en el Tribunal Supremo y los tribunales inferiores. Por primera vez, se aseguró la laicidad del Estado y se estableció una lista muy amplia de los derechos y libertades fundamentales, y también se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales, pieza maestra del ordenamiento constitucional moderno. Apareció la noción de regiones autónomas y se reconoció —no sin dificultades— el derecho de sufragio a las mujeres (que no tuvieron ocasión de ejercerlo hasta las elecciones de 1933).

El trágico final de la Segunda República española, la Guerra Civil (1936-1939) desencadenada por la sublevación militar y las cuatro décadas de dictadura que siguieron (1939-1975), acabaron con el primer intento

histórico de construir un Estado de derecho moderno y bien administrado que articulara un país con enormes diferencias sociales y culturales, política y territorialmente invertido. La dictadura regresó políticamente a estadios casi medievales, o en todo caso anteriores a la Ilustración. Desaparecieron la división de poderes, los partidos, las elecciones, la independencia judicial, la democracia en suma, y fueron sustituidos por una pesadilla autoritaria, corporativa y nacionalcatólica que se impuso a generaciones de ciudadanos que fueron privados de derechos individuales, de libertades públicas —y muchos de ellos de su propia lengua—, que aisló al país durante mucho tiempo del mundo políticamente civilizado.

Al desaparecer el dictador, en 1975, se puso en marcha un complejo proceso político. Los resortes del poder seguían en manos de los mismos responsables que habían secundado con entusiasmo la dictadura. De ellos, una fracción apostó tímidamente por una apertura política controlada y otra fracción, menos inteligente, quiso mantener a toda costa la estructura dictatorial. Las fuerzas políticas reprimidas durante el largo período de la dictadura adoptaron una postura pragmática: reforzar el apoyo a la fracción aperturista y cooperar con la buena marcha de una transición progresiva, pero decidida, hacia el sistema democrático. El precio tácito de la transición a la democracia era olvidar el pasado, no reclamar responsabilidades (no hubo ningún tipo de *depuración* entre el personal del aparato represivo del régimen fenecido) y aceptar una peculiar reinstauración de la monarquía en la persona de Juan Carlos de Borbón, nieto de Alfonso XIII. El término más utilizado en la jerga política de la época fue el de «consenso». Aunque la búsqueda permanente del consenso suele rebajar el nivel de cualquier decisión al de la propuesta más mediocre, la suerte acompañó a la transición política española. Una Constitución de alto nivel jurídico, la maestría política del presidente del Gobierno, Adolfo Suárez González, a quien el Rey nombró para sustituir al último presidente del Gobierno de la dictadura, y la inteligente actuación de la mayoría de las fuerzas políticas, abrieron el camino hacia una democracia estable.

La Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 —la vigente— configura la nación española como un Estado social y democrático de derecho cuya forma política es la *monarquía parlamentaria*. La soberanía nacional reside en el pueblo español —mejor hubiera sido decir *en la nación* o *en los ciudadanos*— del que emanan los poderes del Estado. España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la liber-

tad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Se reconoce expresamente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. El jefe del Estado es un rey sin poderes ejecutivos. El poder legislativo reside en las Cortes Generales (parlamento bicameral: Congreso y Senado); el poder ejecutivo en el Gobierno de la nación; el poder judicial en un sistema de jueces independientes.

A continuación se detalla la organización constitucional del Estado y después se analizan los derechos y libertades.

3.2.1. La Corona

La Corona de España es hereditaria en los sucesores (con preferencia masculina, si bien está previsto en la agenda política modificar ese extremo) de Juan Carlos I de Borbón, heredero a su vez de la dinastía histórica que se exilió en 1931 y que fue restaurada *de facto* en el pacto constitucional acordado entre las distintas fuerzas políticas tras la dictadura. En caso de extinción de todas las líneas con derecho a reinar, las Cortes Generales proveerían la sucesión de la Corona.

El rey de España es el jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia; arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de la comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.

La persona del rey es inviolable (es decir, tiene inmunidad frente a cualquier acción penal o civil que se intentara contra él) y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre referendados (válidamente, confirmados) por el presidente del Gobierno y, en su caso, por los ministros competentes. Sin tal refrendo los actos del monarca carecerían de validez. De los actos del rey serán responsables las personas que los refienden.

Las funciones del rey son simbólicas, de solemnización, representativas y de moderación y articulación constitucional. Su prerrogativa política más importante es la de proponer al Congreso el candidato a la presidencia del Gobierno tras conocerse el resultado de las elecciones legislativas y celebrar una ronda de consultas con los grupos políticos. El rey ostenta también el mando supremo de las Fuerzas Armadas, posición que —a pesar de la rotundidad de la expresión— es fundamentalmente protocolo-

laria, puesto que es al Gobierno a quien corresponde constitucionalmente dirigir la administración militar y la defensa del Estado.

Se puede concluir, con fundamento constitucional, que el rey de España, a diferencia de sus predecesores — que dirigían o controlaban la acción del Gobierno— *reina pero no gobierna*.

3.2.2. Las Cortes Generales

La potestad legislativa es ejercida por las Cortes Generales —nombre tradicional de los parlamentos peninsulares— que además aprueban los Presupuestos Generales, autorizan la emisión de Deuda Pública y controlan la acción del Gobierno. Están formadas por dos cámaras: el Congreso de los Diputados y el Senado. Tanto los diputados como la mayoría de los senadores se eligen por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada circunscripción electoral (que en España coincide con las provincias, más Ceuta y Melilla) por un período de cuatro años, que obviamente puede resultar inferior en caso de disolución de las cámaras. El número de diputados que corresponde a cada circunscripción electoral es en parte fijo (hay un mínimo de dos diputados por provincia) y en parte proporcional a su población (excepto para las ciudades de Ceuta y Melilla, que tienen un diputado cada una). El número de senadores por circunscripción, en cambio, es siempre el mismo (cuatro por provincia, excepto Ceuta y Melilla que cuentan con dos senadores cada una), con independencia de la población, si bien el parlamento o asamblea legislativa de cada comunidad designa un senador adicional y aún uno más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. Este sistema de elección se debe a la consideración constitucional del Senado como cámara de representación territorial.

Sin embargo, una opinión mayoritaria entiende que el Senado no puede ejercer, en su actual composición, las funciones de una verdadera cámara territorial.

El procedimiento electoral español es formalmente proporcional, es decir, que los escaños de cada provincia se atribuyen en principio proporcionalmente a los porcentajes de votos obtenidos por cada lista cerrada de candidatos. Sin embargo, para calcular la asignación definitiva se aplica la denominada *regla d'Hondt*,²⁵ que favorece a los partidos más votados. No se toman en cuenta las listas que no hayan obtenido al menos un 3% de los votos válidos emitidos dentro de cada circuns-

crupción. En conjunto el sistema sobrerrepresenta a las provincias con menor población y también a los partidos concentrados territorialmente, en detrimento de los que obtienen un voto disperso.

Aunque el poder legislativo reside en las Cortes, la *iniciativa legislativa* —o capacidad de proponer proyectos de ley— corresponde al Gobierno, al Congreso, al Senado, a las comunidades autónomas y a los particulares (que deben reunir 500.000 firmas). Los proyectos se presentan ante el Congreso, que las tramita por medio de comisiones y ponencias hasta que se someten al pleno, que las aprueba o las rechaza. Una vez ratificada por el Congreso la disposición se remite al Senado, que tiene un plazo de dos meses para aprobarla tal como está o bien introducir enmiendas o bien rechazarla y oponer su veto. En el caso de enmiendas o veto del Senado el proyecto regresa al Congreso, que tiene la última palabra para pronunciarse sobre la eventual admisión de las modificaciones introducidas por el Senado y para volver a aprobar o no la ley en el caso de veto, si bien en este último supuesto se necesitará la mayoría absoluta. Parece claro que el Congreso es la pieza fundamental del poder legislativo y que el Senado —tal como están definidas sus competencias— es una institución en gran medida reiterativa y superflua. En la práctica, la llamada *segunda lectura* se utiliza para corregir errores e introducir cambios facilitados por acuerdos políticos de última hora entre las fuerzas parlamentarias.

También corresponde al Congreso una de las piezas maestras de la articulación constitucional de la democracia: la *investidura* (atribución del cargo) del presidente del Gobierno. Como ya hemos expuesto al tratar de la Corona, tras las elecciones legislativas el rey propone al Congreso un candidato a la presidencia del Gobierno. El candidato expone al Congreso su programa de gobierno y solicita la confianza de la cámara. La confianza requiere mayoría absoluta en primera votación o mayoría simple en segunda votación, cuarenta y ocho horas más tarde. Si el candidato obtiene la confianza será nombrado presidente del Gobierno por el rey. Si el candidato no obtiene la confianza necesaria, se tramitarán sucesivas propuestas en las mismas condiciones. Si transcurridos dos meses desde la primera votación ningún candidato ha obtenido la confianza, el rey disolverá las cámaras y se convocarán nuevas elecciones.

Obviamente tal procedimiento significa que sólo puede ser presidente del Gobierno quien cuente en el Congreso con una mayoría, por lo menos simple, de diputados que le den su apoyo. Es decir, que el cargo de presidente del Gobierno, aunque no está sometido a la votación directa de los ciudadanos, depende de las mayorías o las coaliciones de

una cámara elegida directamente por ellos, por lo que el origen del ejecutivo es constitucionalmente democrático.

3.2.3. El Gobierno

El poder ejecutivo reside en el Gobierno de la nación. El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce también la potestad reglamentaria, es decir, la facultad de dictar normas generales de rango inferior a las leyes y que no pueden contradecir las leyes (que son competencia del legislativo). Se compone del presidente —investido como sabemos por el Congreso—, de los vicepresidentes, en su caso, y de los ministros. Todos los miembros del Gobierno son nombrados y separados libremente por el presidente.

El Gobierno dirige la iniciativa política y simultáneamente, dirige la Administración. El Estado tiene funciones permanentes, que deben mantenerse con independencia de los cambios de Gobierno y que son normalmente ejercidas por la Administración Pública, que debe servir con objetividad a los intereses generales, con sometimiento a la ley. Ahora bien, esa Administración Pública está dirigida por el Gobierno de turno que a su vez genera normas y disposiciones para implementar sus iniciativas políticas por medio de esa misma Administración.

El Gobierno responde solidariamente de su gestión política ante el Congreso de los Diputados.

3.2.4. El poder judicial

La potestad jurisdiccional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, reside en el poder judicial. Según la Constitución, la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. La primera parte de tal declaración es una reiteración de lo que la Constitución establece en su artículo primero: la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. Sin embargo tal emanación, en el caso del poder judicial, es puramente retórica y sin contenido real porque, a diferencia del poder legislativo y del ejecutivo, los miembros del poder judicial no

son elegidos ni directa ni indirectamente por los ciudadanos y su actividad no está sometida a ningún control democrático.

Los jueces son funcionarios cuyas decisiones (sentencias) serán sometidas normalmente a un control técnico (jurídico) de los tribunales superiores que las revisan. La pirámide termina en el Tribunal Supremo, que en principio no controla nadie en su actividad jurisdiccional, salvo en el ámbito de algunas materias específicas que los tratados suscritos por España puedan someter a tribunales internacionales. Como funcionarios, los jueces están bajo el control gubernativo o administrativo del Consejo General del Poder Judicial, integrado mayoritariamente por otros jueces. Se supone que todos ellos actúan con independencia e imparcialidad, pero tales cualidades, al ser internas, son de difícil comprobación.

En la jurisdicción penal, aquella que se ocupa de castigar los delitos y que puede afectar en mayor medida a la libertad de los ciudadanos, existen una serie de supuestos en los que interviene, desde hace poco tiempo, el jurado popular. La función del jurado es decidir, por mayoría cualificada y respondiendo a preguntas concretas, si los hechos en los que se basa la acusación han sido o no demostrados más allá de toda duda razonable. Mediante esta institución se sustrae a los funcionarios del poder judicial la facultad de decidir por su cuenta sobre si un hecho ha sido probado o no —facultad que se funda según la ley en su *trímina convictión*— y se les deja la función más técnica de dirigir los debates del juicio y aplicar después la norma jurídica correspondiente a los hechos declarados probados.

El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público. Se organiza jerárquicamente bajo el mando del fiscal general del Estado, que es designado por el Gobierno. La función principal de los fiscales es la de formular y mantener acusaciones por delitos o faltas. En ausencia de acusación del fiscal —salvo si existe en la causa acusación particular en representación de los perjudicados por el delito— el caso no puede ser llevado a juicio. Periódicamente el Ministerio Fiscal manifiesta su aspiración a dirigir la instrucción de las causas penales en lugar de los jueces. Se trata de una idea coherente con el sistema acusatorio, de tradición anglosajona, que confía a los fiscales la dirección de las investigaciones y deja a los jueces la estricta función de juzgar imparcialmente. Pero, en tal caso, sería también deseable que las funciones de fiscal fueran electivas.

Un poder del Estado que no es elegido, que es la garantía última del Estado de derecho, que se controla a sí mismo, cuyos titulares permanecen en el cargo sin límite temporal y sin otra renovación que la puramente

biológica, que establece la interpretación de las leyes (jurisprudencia) y cuyas decisiones son de obligado cumplimiento, es una pieza que merece mucha atención en el diseño de un Estado democrático. Este es un problema que todos los países se plantean de una forma u otra y los intentos de solución se abordan por diversas vías simultáneamente. La tradición europea continental ha limitado estrictamente el arbitrio judicial, sometiendo todas sus decisiones a la ley y considerando que la jurisprudencia no es fuente formal de Derecho. Por otra parte, desde el punto de vista procedimental, el ámbito de decisión de los jueces está delimitado en los juicios civiles por lo que las partes piden y en los juicios penales por el contenido de la acusación. Otros caminos han sido: la generalización del jurado puro (solo ciudadanos) o mixto (ciudadanos y jueces), mandatos temporales y/o electivos de jueces y fiscales, tribunales arbitrales y otros medios alternativos de solución de conflictos, entre otros.

3.2.5. El equilibrio de poderes

En nuestro ordenamiento constitucional los poderes del Estado no se separan para que permanezcan aislados sino para que formen parte de la estructura de pesos y contrapesos que desde el punto de vista del liberalismo político garantiza la democracia. Simplificando mucho, el equilibrio sería el resultado del siguiente mecanismo: los ciudadanos eligen al legislativo que genera las leyes que obligan a todos y que a su vez designa al jefe del Gobierno y controla la actuación política del poder ejecutivo, el cual ejerce la potestad reglamentaria que es controlada, al igual que los actos administrativos, por el poder judicial, que también administra justicia en general sin poder apartarse de las leyes que genera el legislativo, el cual cada cuatro años debe someterse a la votación de los ciudadanos, y así sucesivamente.

El control del legislativo sobre el ejecutivo no se limita a la investidura. De hecho, el Gobierno necesita contar en todo momento con la confianza de las Cortes. En primer lugar, para poder desarrollar su programa, el Gobierno necesita que los proyectos de ley que remite al Congreso sean aprobados y para ello ha de disponer de las mayorías requeridas en cada caso (mayoría simple para las leyes ordinarias, *abso-luta* para las leyes orgánicas y *cualificada* para cuestiones excepcionales como las modificaciones de la Constitución). En segundo lugar, está sometido a una serie de instrumentos periódicos de control: *las preguntas, interpelaciones y mociones*. En tercer lugar, el Gobierno necesita que

Las Cortes aprueben los Presupuestos Generales de cada ejercicio y las emisiones de Deuda Pública. En cuarto lugar, las cámaras han de autorizar los tratados internacionales, la declaración de guerra, la paz y los estados de sitio y de excepción.

Si el Gobierno perdiera el suficiente apoyo parlamentario podría llegar a ser destruido mediante una moción de censura, si se formara en el Congreso una mayoría absoluta opositora que a su vez se pusiera de acuerdo para presentar otro candidato a la presidencia (lo cual en la práctica es muy difícil, dada la heterogeneidad de las fuerzas políticas que tendrían que ponerse de acuerdo en designar un candidato alternativo). Por otra parte, el Gobierno puede reclamar el apoyo expreso del Congreso y comprometerlo en una declaración programática planteándole una *cuestión de confianza*, que se obtiene por mayoría simple. La particularidad de la cuestión de confianza consiste en que, si la confianza no se obtiene, el Gobierno debe dimitir, por lo que en caso de duda parece claro que el incentivo es abstenerse, salvo que se trate de un desafío calculado.

El parlamento dispone además de un instrumento fiscalizador del gasto público del Estado denominado Tribunal de Cuentas. Las cuentas del Estado y del sector público estatal son auditadas por el Tribunal de Cuentas, que depende directamente de las Cortes Generales, a las que debe remitir un informe anual en el que comunicará las infracciones o responsabilidades en las que se hubiere incurrido, si fuera el caso.

A su vez el Gobierno en cualquier momento puede —excepto si se hallara en trámite una moción de censura— disolver las cámaras y convocar elecciones generales. Las disoluciones, por así decirlo *amistosas*, se producen normalmente durante el último período de la legislatura, cuando el partido que está en el Gobierno estima que ha llegado el momento propicio para convocar elecciones y ganancias y prefere hacerlo cuanto antes. Pero obviamente la disolución se puede producir en cualquier momento si el Gobierno considera que no puede seguir adelante con unas Cortes en las que por cualquier razón no tiene el apoyo suficiente.

3.2.6. La organización territorial: las comunidades autónomas

Como ya hemos mencionado al referirnos brevemente a la historia constitucional de España, la Constitución de 1931 introdujo por primera vez la noción de las regiones autónomas. Durante la Segunda República (1931-1939) se tramitaron leyes que dotaban (o iban a dotar) de autonomía a

los territorios con lengua propia (Cataluña, País Vasco y Galicia). El 9 de septiembre de 1932 se aprobó el Estatuto de Autonomía de Cataluña. También se aprobó *in extremis*, en octubre de 1936, ya durante la guerra, el Estatuto de Autonomía del País Vasco. Existió un proyecto de estatuto de autonomía para Galicia, plebiscitado en junio de 1936, que no llegó a entrar en vigor porque al estallar la Guerra Civil Galicia quedó desde el principio bajo el control de los sublevados. Como es sabido, la dictadura no solamente abolió todo rastro de autonomía en la administración de los territorios con lengua propia, sino que reprimió las lenguas distintas del español, principalmente el catalán, que era —y sigue siendo— de todas las minoritarias, la lengua con mayor número de hablantes y mayor importancia social, cultural y literaria. Lenguas habladas por millones de personas fueron expulsadas de la Administración, la enseñanza y las actividades públicas, prohibidas y perseguidas por el régimen. La agresión, incalificable, no puede ser olvidada y los daños causados a las personas y a la cultura probablemente no se podrán reparar nunca.

La cuestión histórica de las reclamaciones de autonomía de los territorios con lengua propia estaba naturalmente en la agenda de las fuerzas políticas que tuvieron la responsabilidad de pactar una Constitución al término de la dictadura. El temor a que los *poderes fácticos* que habían sido el soporte de la dictadura (enfemenismo referido fundamentalmente a un gran sector de los militares) reaccionaran violentamente contra la restauración de las estructuras autónomas que Cataluña, País Vasco y, en cierta medida, Galicia habían obtenido durante la República propició una imaginativa *fuga hacia adelante* consistente en proponer una potencial organización de todo el territorio español en comunidades autónomas, tomando como criterio (la Constitución no especifica cuáles son las comunidades) las eventuales agrupaciones de provincias que se pudieran producir siguiendo una tradición regional, con varias excepciones insulares y uniprovinciales, además de la ciudad y provincia de Madrid, también *independizada* de la Administración central aunque fuera al mismo tiempo la capital del Estado y sede de sus instituciones.

Las previsiones constitucionales han dado lugar a diecisiete comunidades autónomas (agrupación regional de provincias: Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, País Vasco; insulares: Baleares, Canarias; uniprovinciales: Asturias, Cantabria, La Rioja, Madrid, Murcia y Navarra).

La norma fundacional de cada comunidad autónoma es el respectivo *estatuto de autonomía* —que guarda gran parecido formal y de contenido

con un texto constitucional— en el que se determina el alcance territorial, la lengua, las competencias, los órganos de gobierno y administración, el régimen económico y financiero y los eventuales procedimientos de reforma.

Las comunidades tienen un ejecutivo y un legislativo propios, es decir, un Gobierno y un Parlamento que ejercen sus respectivas funciones dentro del marco de competencias de cada comunidad. Cuáles sean estas depende en gran medida de la voluntad política de las respectivas comunidades. La Constitución no las limita, si bien reserva expresamente al Estado la exclusividad sobre treinta y dos materias referidas, entre otras, a la igualdad, la defensa, la administración de justicia, la legislación mercantil, civil, penal, penitenciaria, procesal, laboral, seguridad social, Administración Pública y funcionarios, procedimiento administrativo, el sistema aduanero y otros servicios de interés general.

Aunque la organización territorial del Estado prevista en la Constitución pueda parecer una pesadilla administrativa— que origina además una cierta multiplicación de organismos redundantes y consiguientemente, de gasto público— es un hecho reconocido que ha resultado eficaz en el desarrollo general del Estado democrático. Sin embargo, con el paso del tiempo, los riesgos de debilitación de ese mismo Estado empiezan a ser notables, especialmente en aquellas materias en las que el interés particular está demasiado próximo del poder de decisión, lo que resulta evidente en algunos ámbitos (como el urbanismo) que ya están totalmente fuera de control. Por otro lado, la fragmentación política de base territorial, unida a una correlativa fragmentación del control de los presupuestos públicos, ha reforzado una perversión escandalosa del debate político que consiste en sustituir la argumentación y las preferencias imparciales, propias de la democracia, por la negociación y las preferencias autointeresadas, más propias del interés particular que del interés general. Tal perversión de lo que debería ser una argumentación imparcial está en el origen de decisiones absurdas, de un burdo consenso fuera de lugar como, por ejemplo, situar una estación de tren de alta velocidad en medio de la nada y lejos de todo lugar habitado simplemente para que la ubicación sea equidistante de las tres poblaciones que se disputaban su proximidad. Obviamente, cuando el Estado pierde de vista el interés general, la democracia sufre una regresión y el espacio que queda abandonado es inmediatamente ocupado por algo muy parecido al caciquismo clientelar, tradicional en la política española desde la Restauración.

Las leyes que elaboran los parlamentos autonómicos están sometidas, como las de las Cortes Generales, al control del Tribunal Cons-

titucional, la actividad administrativa y la normativa reglamentaria a la jurisdicción contencioso-administrativa y la actividad económica y financiera al Tribunal de Cuentas.

3.2.7. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, es un órgano jurisdiccional independiente— aunque no forma parte propiamente del poder judicial— y sólo está sometido a la Constitución y a su propia Ley Orgánica. Si bien todos los poderes públicos, y por consiguiente todos los jueces y tribunales ordinarios, están directamente vinculados por la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción constitucional concentrada y especializada.

Es competente para decidir sobre los *recursos de inconstitucionalidad* contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, a las que puede expulsar total o parcialmente del ordenamiento jurídico si estima que son contrarias a la Constitución. También es competente para conocer los *recursos de amparo* de los ciudadanos que consideren violados sus derechos y libertades constitucionales. En otro orden de cuestiones, puede resolver los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas o las de estas entre sí. Sus sentencias y resoluciones integran la jurisprudencia constitucional.

Se compone de doce miembros nombrados a propuesta del Congreso (cuatro), del Senado (cuatro), del Gobierno (dos) y del Consejo General del Poder Judicial (dos), todos ellos juristas profesionales con experiencia. Las mayorías calificadas necesarias para ser propuestos por las Cámaras (tres quintas partes de sus miembros respectivos), pensadas seguramente para evitar que un partido controle la composición del Tribunal, plantean en ocasiones dificultades y bloqueos.

El Tribunal, que goza de gran prestigio entre los juristas, ha tenido un papel muy relevante en el saneamiento constitucional del conjunto del ordenamiento jurídico y también, inesperadamente, ha ejercido un control indirecto de la actividad de los jueces ordinarios por la vía de los recursos de amparo constitucional. Básicamente, a través del control del derecho a la presunción de inocencia y de otras garantías procesales y de tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha limitado enérgicamente el margen de discrecionalidad de un poder judicial cuyas características y procedencia ya han sido examinadas. La primera sentencia del

Tribunal Constitucional (dictada en un recurso de amparo) que anuló una sentencia penal condenatoria de la jurisdicción ordinaria por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, causó gran conmoción en el aparato judicial, que veía el que consideraba su territorio hasta entonces intocable —la apreciación de la suficiencia de la prueba— invadido y fiscalizado. Pese al escándalo escenificado por un amplio sector de los jueces, el Tribunal Constitucional continuó anulando sentencias de la jurisdicción ordinaria que violaban alguno de los derechos consignados en el artículo 24 de la Constitución. Con el tiempo se puede decir que, en general, el poder judicial ha acabado asumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos y garantías, aunque todavía el Tribunal Supremo se resiste a recibir lecciones constitucionales, sin advertir que le son muy útiles y necesarias.

3.3. Constitucionalismo y derechos fundamentales

José Luis Pérez Triviño

3.3.1. Introducción

Ha sido una tendencia histórica muy marcada en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos el propósito de limitar y controlar el poder político por medio del Derecho. Desgraciadamente, han sido muchísimas las ocasiones en las que los detentadores del poder se han aprovechado de este para imponer arbitrariamente su voluntad y causar una gran cantidad de daño y sufrimiento a sus súbditos. De ahí la búsqueda de mecanismos de control del poder político. Entre estos han destacado los siguientes.

El imperio de la ley: significa que la ley es expresión de la voluntad general y que, por ello, presupone la participación de la ciudadanía en su creación. En la actualidad y debido a la evolución histórica que ha consolidado la Constitución como la principal norma de los ordenamientos jurídicos, el imperio de la ley significa el imperio de la Constitución, a la cual se subordinan las demás fuentes del Derecho. En este sentido, el imperio de la ley (y de la Constitución) es una condición necesaria e imprescindible para una eficaz protección de las libertades y los derechos fundamentales.

La separación de poderes: como se ha indicado anteriormente, presupone la diferenciación de las tres funciones (legislativa, judicial y ejecutiva) y su distribución entre distintos órganos que se limitan mutua-

mente. No obstante, frente al histórico predominio del poder legislativo, dada su naturaleza de cuerpo representativo legítimo de la ciudadanía, en la actualidad el poder ejecutivo, con el Gobierno a su cabeza, destaca no solo por su capacidad de gestión, sino incluso como motor legislativo, al tener el poder de crear reglamentos, y de iniciarla legislativa.

La subordinación y fiscalización de la Administración: la Administración debe llevar a cabo las funciones que tiene encomendadas en todos los órdenes y planos según lo establecido en la ley. Debido al aumento de competencias de la Administración y la extensión del Estado del bienestar, esta tiene un gran poder de injerencia en la vida social y particular de los ciudadanos. Por esta razón, se hace necesario establecer mecanismos de subordinación y control de su actividad. Se trata de lograr que, subordinándose al principio de legalidad, no haya arbitrariedad en la actuación de la Administración. Y para este control se establecen órganos competentes, ya sean jurisdiccionales o constitucionales.

Pero la que se ha revelado como una de las formas de limitar el poder del Estado que históricamente ha tenido más relevancia ha sido el establecimiento y reconocimiento jurídico vinculante de derechos fundamentales.

3.3.2. Los derechos fundamentales

3.3.2.1. Introducción

En la actualidad, es impensable que una Constitución no incluya una amplia lista de derechos fundamentales a los que se preste una especial protección. Estos derechos reconocen y protegen de manera vinculante una serie de intereses básicos de los ciudadanos que no pueden ser conculcados por el Estado o por otros ciudadanos, y cuya modificación o eliminación queda fuera (o, al menos, es difícil que así sea) del ámbito de la voluntad democrática. Vale la pena señalar que la entronización de los derechos fundamentales constituye un problema por lo que respecta a su compatibilidad con la idea de democracia. En efecto, si un Estado es democrático ¿por qué existe un ámbito, el de tales derechos, que no puede ser modificado o eliminado por los órganos representativos de la soberanía popular? Como inquiría Thomas Jefferson acerca de la Constitución americana y la dificultad de su reforma, ¿por qué la voluntad de los muertos (los que votaron la Constitución) prevalece sobre la de los vivos (la generación actual)?

Son varias las justificaciones que se han ofrecido de los derechos fundamentales, pero más allá de estas discusiones filosóficas, una forma de