

CONSIDERACIONES SOBRE LA NORMATIVIDAD y SUPERIORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

FERNANDO SANTAOLALLA

Letrado de las Cortes y

Prof. Titular de Derecho Constitucional de la Unversidad de Alcalá

SUMARIO

- I. Introducción. Los términos del debate.
- II. Argumentos a favor de la normatividad de las Constituciones.
- III. Conclusiones

L. INTRODUCCIÓN. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

Los comentarios sobre la Constitución como norma jurídica están de actualidad. No son pocos los que han aparecido últimamente insistiendo sobre este punto. A ellos nos referiremos de inmediato. Pero antes de hacerlo, y como deseamos expresar alguna consideración disconforme, parece oportuno comenzar por una recapitulación de lo principal que se ha escrito al respecto desde hace ya unos buenos años. Una vez resumido los términos del debate doctrinal, de tal modo que el lector posea los elementos básicos para juzgar por sí mismo, estaremos en condiciones de añadir algunas apreciaciones críticas sobre esas aportaciones. Lo que se persigue, huelga casi decirlo, es contribuir al esclarecimiento de tan singular problema jurídico.

Pues bien, los comentarios sobre el carácter normativo de la Constitución tienen como exponente primero y, tal vez, más brillante el famoso trabajo de García de Enterría "La Constitución como norma jurídica", aparecido poco tiempo después de la promulgación de la Constitución española de 1978¹.

En dicho trabajo, que ha recibido una significativa audiencia, García de Enterría sienta una particular interpretación sobre la Constitución española de 1978: se trataría de un texto jurídico que, como otros de la última posguerra, enlazaría

directamente con la concepción de las constituciones como instrumento jurídico, concepción derivada del iusnaturalismo medieval y que reaparecería a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX a través de los dos grandes principios de autodeterminación del pueblo y garantía de los derechos innatos del hombre. La Constitución americana de 1787 sería la primera en merecer propiamente la calificación de tal, por dejar asegurada su supremacía, como expresión de la soberanía del pueblo norteamericano, sobre el legislador, dado que éste no podía reformarla por el procedimiento legislativo ordinario. A su vez, esta superioridad quedaba garantizada por el "judicial review" del Tribunal Supremo sobre las leyes inconstitucionales. Por el contrario, seguía diciendo este autor, numerosas constituciones de la Europa decimonónica "dejan de ser normas con un origen y un contenido determinado" y en consecuencia "dejan también de ser una norma invocable ante los Tribunales". La Europa del siglo pasado no aceptó el modelo americano, impidiendo que la Constitución deviniese "una fuente originaria de competencias y de Derecho". "El orden jurídico aplicable materialmente por los Tribunales no tenía otro enlace con la Constitución que el proceder de las fuentes del derecho que ésta definía, pero esta procedencia se reducía a los aspectos formales organizatorios, sin expresarse en el sentido de una relación internormativa jerárquica. A su vez la parte dogmática de la Constitución o no existía, o de existir se expresaba en principios muy generales, cuya positivación técnica requería el intermedio de las leyes ordinarias, sin las cuales carecían de toda operatividad". Todo ello conducía a este autor a rechazar la tradición constitucional española y europea como modelo aprovechable para la situación inaugurada en España en 1978.

En su no menos memorable manual² de Otto mantendría una postura muy parecida: "el concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía de normas" y una "norma es constitucional si tiene una posición suprema" en el ordenamiento, por lo que carecerían propiamente de Constitución los Estados que no la reconocen como suprema. No hay Constitución allí donde impere el sistema de soberanía del Parlamento.

También, y aunque con ciertas reservas, cabría incluir dentro de esta corriente a Pérez Royo. Pues, aunque sin plantearse el tema frontalmente, y aun reconociendo como una de las fases del constitucionalismo a la monarquía constitucional, basada en un pacto Rey - Parlamento y con textos reformables por ley ordinaria, defiende que es tras la segunda guerra mundial cuando se afirma el carácter jurídico de las constituciones, la Constitución como norma jurídica, lo que sería consecuencia de la rigidez constitucional, de la imposibilidad de revisar la Constitución por el procedimiento legislativo ordinario.³

En definitiva, estas posturas parecían tener en común la defensa de que las Constituciones no son normas jurídicas hasta que se presentan formalmente como

1. Está publicado en *La Constitución española de 1978. Un estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, p. 92 y s. y en el volumen *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981. También aparece en el *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1980,1, p. 8.

2. *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 13 y s.

superiores a las leyes ordinarias, lo que vendría dado a través del procedimiento agravado de reforma constitucional. Incluso, la aparición de un control de constitucionalidad de las leyes ordinarias resultaría un segundo condicionante de esa normatividad. El corolario era que allí donde no se daban estas circunstancias, como en la mayor parte de las constituciones decimonónicas, no se podría hablar, al menos en términos rigurosos, de normas jurídicas.

Frente a estas posiciones nos permitimos publicar hace ya algunos años un artículo defendiendo otra de signo contrario⁴. En resumen, sosteníamos que todas las constituciones escritas son leyes y, por lo mismo, todas, rígidas o flexibles, poseen carácter normativo. Especialmente sería claro este rasgo en las constituciones de origen democrático, pues el hecho de proceder normalmente de una asamblea elegida por el pueblo mostraría su común naturaleza con las leyes (ordinarias), en cuanto aprobadas también por el órgano que asume la representación popular. Pero además las constituciones tendrían siempre una superioridad lógica, material, sobre las leyes ordinarias. Pues su misión de organizar el Estado, de regular el sistema de fuentes del Derecho, no podría satisfacerse más que a través de la obligatoriedad de sus mandatos, que es tanto como admitir su naturaleza normativa. Ciertamente, esa superioridad material se consagraría en el caso de las constituciones rígidas, dotadas de un procedimiento expreso y agravado para su reforma. La superioridad formal sería entonces la culminación de la superioridad material: aquella aparecería como derivación natural de ésta. Es cierto, seguíamos diciendo, que en el caso de las constituciones flexibles, carentes de un procedimiento específico de reforma, no había garantía efectiva frente a un posible incumplimiento de sus mandatos por el legislador ordinario. Pero, además de las razones que hacían en la época descartables semejantes atentados, lo importante era y es que no por eso perdían su normatividad estas constituciones frente a los poderes que, como el ejecutivo y el judicial, estaban llamados a hacer cumplir sus determinaciones. De este modo, lo que se deducía de aquella interpretación nuestra era que la normatividad no era un rasgo que apareciese con las modernas constituciones rígidas, y en especial, con las que garantizan el control de constitucionalidad de las leyes, sino que es un rasgo inherente a toda Constitución, rígida o flexible, decimonónica o posterior a la segunda guerra mundial, con o sin justicia constitucional de las leyes.

Otro estudio que se inserta en línea parecida a la citada de García de Enterría es el de Blanco Vadés "El valor de la Constitución"⁵. En este, por lo demás, interesantísimo y cuidadísimo trabajo, su autor defiende que, a diferencia del constitucionalismo americano de 1787, caracterizado por la rigidez de su texto y por la prevención frente al legislador —que llevaría a la aparición de un control de constitucionalidad de las leyes y consiguientemente a la emergencia de la Constitución como verdadera norma jurídica—, lo que tipificaría al constitucionalismo

3. *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 13 y s.

4. F. Santaolalla, "Esencia y valor de la Constitución" en *Revista de las Cortes Generales* n° 16/1989, p. 7 y s.

5. *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza editorial, Madrid, 1994.

revolucionario francés sería la afirmación de la primacía política del Parlamento y la jurídica de la ley ordinaria, consecuencia de la abierta desconfianza que provocaba el estamento judicial en los constituyentes. Esto impidió la aparición de un control jurídico de la constitucionalidad de las leyes, que es lo que determinaría el carácter normativo de las constituciones. La tesis subyacente en esta obra es que la diferencia entre el constitucionalismo norteamericano y el europeo de origen francés es que el primero dispuso casi desde su aparición de naturaleza normativa y el segundo careció de ella en la medida que allende el Atlántico era posible el control jurídico de constitucionalidad de las leyes, cosa que aquende no lo fue hasta mucho después.

En un trabajo posterior el mismo García de Enterría vuelve sobre, y amplía, su posición inicial⁶. Tras calificar como “novedad radical” de la Constitución de 1978 “la de haberse deliberadamente configurado para ser una norma jurídica perfectamente operativa por si misma”, añade que “los enunciados contenidos en las Constituciones (...) no habían sido nunca considerados como normas jurídicas propiamente dichas, salvo en cuanto establecían los campos de actuación de los poderes superiores. Pero aun esta eficacia normativa reducida no contó nunca con la posibilidad de una garantía judicial de cualquier carácter”. Y con relación a la parte dogmática de las Constituciones anteriores manifiesta “que esas declaraciones y principios no podían ser invocados ante los Tribunales como normas de decisión de un proceso, fuera éste de cualquier clase. Desde que se instauró el recurso de casación en las jurisdicciones civil y penal y desde los orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Supremo declaró, sin una sola excepción, que la violación de esas normas constitucionales por las Sentencias recurridas no podía fundamentar ningún recurso de casación o contencioso administrativo, que tales declaraciones y principios eran puramente programáticas, dirigidas al legislador y no a los jueces, y que sólo en la medida en que el legislador aceptara desarrollar ese programa, y en la extensión que soberanamente se decidiese, los principios constitucionales llegarían a ser propiamente normas jurídicas aplicables por los Tribunales”. En definitiva, según el insigne administrativista, los textos constitucionales anteriores a 1978 carecerían de valor normativo jurídico, de lo que existiría una prueba concluyente: su inaplicabilidad judicial, la imposible invocación ante los tribunales de los pronunciamientos constitucionales. Este será uno de los puntos principales de nuestro comentario posterior.

Hay otro más reciente trabajo de García de Enterría, en el que el autor no sólo vuelve sobre sus ideas anteriores, sino que las ahonda y amplía al ámbito europeo⁷. Así, tras afirmar que la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 quedó en un enunciado teórico subyacente, sin valor jurídi-

6. Véase “El valor normativo de la Constitución de 1978” en *Revista de derecho político* núm. 44/1998, p. 33 y s.

7. Véase “El valor normativo de la Constitución de 1978” en *La Constitución de 1978. 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados y CEPC, Madrid, 1998, p. 283 y s. También puede citarse del mismo autor “La Constitución de 1978 como norma jurídica” en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Centro Estudios Registrales, 1999,11, p. 1863 y s.

co preciso, señala que “la Constitución no es, en ningún lugar de Europa antes de la última guerra mundial una norma invocable ante los Tribunales”. Más adelante añade que “esta falta de condición normativa de la Constitución fue refrendada por toda la práctica judicial europea, que no admitió nunca que fuese invocada como norma de decisión de litigios y menos aún como paradigma de la validez de las leyes”. Y, con relación a España, reitera de modo inequívoco su tesis anterior: “en España el Tribunal Supremo fue completamente explícito: la eventual infracción de la Constitución no era invocable como motivo de casación de las sentencias inferiores de modo que estas sentencias eran perfectamente válidas si desconocían o infringían abiertamente cualquier contenido constitucional”.

Ciertamente, también han aparecido voces entre nosotros defendiendo lo opuesto, esto es, que toda Constitución es norma jurídica y, por lo mismo, normas jurídicas serían las decimonónicas, si bien se admite que esa normatividad pueda ser más limitada en el caso de estas últimas si se las compara con las contemporáneas, por la ausencia de un mecanismo sancionador frente a posibles infracciones constitucionales por el legislador ordinario. Y así esto es lo que cabe colegir de autores tan destacados como Rubio Llorente, que ha escrito que la supremacía es “una característica esencial, necesaria, sin la cual no cabe hablar de Constitución y es por ello una característica, por así decirlo, puramente teórica, cuya efectividad práctica está en función de las garantías que la acompañen, pero cuya existencia no depende de ellas”⁸. O de Pace que, incluso refiriéndose a las posturas antes recogidas, las critica afirmando que “las Constituciones ochocentescas constituían actos normativos a todos los efectos”⁹.

Posturas que podríamos calificar de intermedias son las de algunos autores, como Varela Suanzes, quien reconoce el carácter jurídico de, al menos, las constituciones revolucionarias francesas y de la española de 1812¹⁰; Martínez Sospedra¹¹, para el que la Constituciones decimonónicas sólo se dirigían a ciertos órganos estatales, pero no siendo invocables ante los tribunales; Romero Moreno, quien defiende que la Constitución de Cádiz “surge como norma de inmediata aplicación y eficacia” pero, en cambio, presenta a las constituciones moderadas (1834, 1837, 1845 y 1876) como carentes de fuerza normativa directa, si no es a

8. Véase “Sobre la Constitución” en *Estudios de derecho público, homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1, p. 22. También del mismo autor, “La Constitución como fuente del derecho” en *La constitución y las fuentes del derecho*, Dirección General de lo Contencioso, IEF, Madrid, 1979, 1, p. 60.

9. Véase “La naturale rigidità delle costituzioni scritte” en *Giurisprudenza Costituzionale* 1993, p. 4128. Este artículo aparecería más tarde en traducción española en Pace y Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, CEC, Madrid, 1995, p. 70.

10. Véase “Constitución y ley en los orígenes del Estado liberal” en *Revista Española de Derecho constitucional* núm. 45/ 1995, p. 358 y ss. No obstante, en un posterior trabajo el mismo Varela defiende que el carácter normativo de las constituciones en el siglo XIX “fue excepcional”, lo que le acerca a las tesis defendidas por García de Enterría. Véase “Sobre la rigidez constitucional” en Pace y Valera, *La rigidez de las constituciones escritas*, ob. cit. p. 99.

11. Véase “Constitución y justicia constitucional. Sobre las relaciones entre el concepto de Constitución y el sistema de garantía constitucional” en *Revista General de Derecho*, julio- agosto 1997, p. 8711- 8732.

través de una ley¹², y, finalmente, Roura Gómez, que afirma que “supremacía constitucional, junto a rigidez y control de constitucionalidad, deben figurar inexcusablemente en todo documento de Gobierno que pueda ser considerado en sentido propio Constitución”¹³.

II. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA NORMATIVIDAD DE LAS CONSTITUCIONES

Las líneas que siguen pretenden demostrar que las constituciones, cualquiera que sea su contenido, gozan de carácter normativo, que éste no es por tanto una novedad de los textos promulgados tras la segunda guerra mundial y, en concreto, en referencia a España, de la Constitución de 1978.

Puede apreciarse diferencias en la normatividad de las constituciones decimonónicas en comparación con las posteriores, pero esta diferencia apuntaría más a elementos cuantitativos que a otros puramente cualitativos. Las constituciones de nuestro tiempo consolidan y completan esta normatividad, básicamente a través del mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes, por lo que en este sentido puede admitirse que la normatividad de los textos de la pasada centuria era, en términos relativos, deficiente, limitada.

Nuestra tesis es que las Constituciones del siglo XIX se elaboraron y aplicaron como un conjunto de disposiciones obligatorias, al menos como regla general. La ausencia de un control de constitucionalidad de las leyes, que es uno de los argumentos preferidos para sostener lo contrario, implicaba que esta normatividad no quedaba garantizada frente al poder legislativo ordinario. Por eso hemos calificado esta normatividad de limitada. Pero la ausencia de ese control no significaba que la Constitución careciese de la cualidad de norma jurídica, incluso frente al legislador. Y, sobre todo, eso no significaba que la obligatoriedad no rigiese plenamente frente a los restantes poderes, aquellos cuya misión es propiamente la de ejecutar las leyes (entre las cuales la ley constitucional): el poder judicial y el ejecutivo en sentido estricto. La obligatoriedad frente al legislador no quedaba garantizada, por lo que, sin perjuicio de los que después se indica, era ciertamente posible que los mandatos constitucionales quedasen incumplidos en manos de este último. Apurando las cosas, se podría decir que en esta esfera no había obligatoriedad constitucional, que es tanto como admitir la carencia de normatividad. Pero la obligatoriedad frente a los restantes poderes y, consecuentemente, su normatividad era indiscutible. Esto es lo que justifica, a nuestro juicio, que la condi-

12. Según Romero, el esfuerzo de los moderados fue “privar a la Constitución de todo contenido mínimamente aplicable de modo directo y construir todo un sistema de remisiones a la legalidad ordinaria”. Véase *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, CEC, Madrid, 1983, p. 408 y ss. No obstante este autor cita varias sentencias del Tribunal Supremo del último tercio del siglo pasado en las que se invocó a diversos artículos de la Constitución.

13. Véase *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, CEPC, Madrid, 1998, p. 31. Lo citamos como ejemplo de una actitud intermedia, pues más adelante (p. 51) este autor admite que las constituciones sin procedimiento de reforma son normas jurídicas, pero no supremas, lo que, por otra parte y en alguna medida, parece contradecir la afirmación inicial.

ción de norma lejos de reservarse a los textos más recientes pueda predicarse también de los anteriores. En el caso español, lo que dudamos es que la condición normativa sea una novedad aportada por la Constitución española de 1978.

Para demostrar estos asertos haremos a continuación una exposición de diversos argumentos.

A) LA LÓGICA CONSTITUCIONAL

En nuestro artículo antes reseñado¹⁴ ya defendimos que toda Constitución es norma jurídica e, incluso, que dicha norma aparece como materialmente superior a las restantes. Pero bien entendido que la superioridad material no puede identificarse con superioridad formal, que sólo acontece cuando se proclama así, normalmente mediante el recurso de privar al resto de las normas jurídicas y, en especial, a las leyes de la posibilidad de alterar sus mandatos. Esto último es consecuencia, como es sabido, de la implantación de un procedimiento de reforma de la Constitución distinto, agravado, del que es propio para la aprobación de las leyes.

Esta circunstancia, conocida como rigidez de las Constituciones, viene a entronizar la superioridad formal, siendo ésta una consecuencia lógica de la superioridad material: esta segunda impele el surgimiento de aquélla¹⁵. No puede extrañar, por eso, que casi todas las Constituciones escritas hayan acabado presentándose como textos con un procedimiento más exigente para su revisión que el que es propio de las leyes ordinarias. Como dijo Wheare la mayor parte de las constituciones aspira a tener no sólo autoridad de ley, sino de la ley suprema¹⁶.

A nuestro juicio, la normatividad de las Constituciones es algo inmanente, que dimana de su propia existencia. No es algo que tenga que añadirse a un texto llamado así, de tal modo que pudiesen darse Constituciones normativas y Constituciones no normativas según figurase o no el elemento adicional. Y esa normatividad, con todas las salvedades y matices propios de los distintos tipos de normas insertas en las mismas, es algo predicable de sus partes orgánica y dogmática. Queremos decir que puede haber en ambas normas completas, susceptibles de aplicación inmediata, y normas programáticas, necesitadas de desarrollo ulterior

14. Véase nota 4.

15. No es este el momento de volver sobre el tema de la rigidez constitucional. Pero baste ahora señalar que la famosa distinción de Bryce, no siempre bien entendida, era de por sí algo imprecisa. Este autor parecía vincular las constituciones modificables por ley ordinaria, las llamadas flexibles, con las de origen histórico, producidas básicamente por una acumulación de costumbres y prácticas heredadas y leyes ordinarias. En cambio, las constituciones rígidas serían las proclamadas como tales, contenidas en un único cuerpo, y que poseerían un valor superior a las leyes, por lo que su reforma tendría que someterse a un procedimiento especial. Hasta cierto punto, por tanto, para Bryce la rigidez parece ser una consecuencia de la circunstancia de la proclamación como ley superior y no un añadido accidental. Véase *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, versión española prologada por P. Lucas Verdú, C.E.C., Madrid 1988.

16. Véase *Las Constituciones modernas*, Labor, Barcelona, 1975, p. 61. También, sobre el tema puede verse Aragón Reyes "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional" en *Revista de Estudios Políticos* n° 50/1986, p. 22 y s.

para su puesta en práctica y, aun, meras declaraciones de principios, con alcance meramente interpretativo. García de Enterría, por el contrario, admite la normatividad de la parte orgánica (actuación de los poderes públicos), pero con afirmaciones posteriores que vienen a desvirtuar un tanto esta base de partida (imposible garantía judicial), y niega radicalmente la normatividad de la parte dogmática (pues consistiría en declaraciones de derechos y libertades sin eficacia jurídica, puramente programáticas, de absoluta inviabilidad judicial)

Hecha la salvedad de las disposiciones programáticas, que efectivamente contenían las Constituciones decimonónicas (pero que igual se dan en las contemporáneas, y nuestra Constitución de 1978 es un buen ejemplo¹⁷), la verdad es que las mismas gozaban de inmanencia normativa, incluso las llamadas flexibles, y que esta normatividad se proyectaba o podía proyectarse en todo su articulado¹⁸.

Para justificar el aserto anterior, nos fijaremos primero en la parte dogmática de las Constituciones y, luego, en la orgánica.

En lo que atañe a la parte dogmática, son relevantes las siguientes notas:

a) las declaraciones de derechos, como escribió Rivero¹⁹, carecían de valor constitutivo, se emitían —y de ahí su nombre— con valor declarativo, partiéndose de la base de que los derechos eran evidentes por si mismos, como consecuencia de ser parte del derecho natural; su vigencia y obligatoriedad no procedía del derecho positivo, sino de un derecho anterior y más alto, pero por lo mismo más vinculante que la propia ley humana. De hecho, tanto en los Estados Unidos (Virginia, Constitución federal de 1787) como en Francia (Declaración de 1789) aparecieron como documentos separados de las constituciones propiamente dichas, mostrando así esta particularidad normativa. En todo caso, la vigencia inmediata de estos derechos quedó suficientemente reconocida: la declaración de independencia de los EE UU refería “como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales y que a todos les confiere su Creador ciertos derechos inalienables”. Por su parte, la declaración francesa de 1789 proclamaba que “los representantes del pueblo francés (...) han resuelto exponer una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre a fin de que esta declaración (...) les recuerde sin cesar sus derechos y obligaciones”. Los derechos son, pues, inmediatamente disfrutables y si se llama a la ley es cuando se necesita la disposición de ciertos límites en los mismos, según consta claramente en el artículo 4 de esta última declaración (“los límites de la libertad no pueden establecerse más que por ley”).

b) sería un absurdo lógico pretender que estas declaraciones eran meramente un programa que quedaba a la buena voluntad del legislador para su emer-

17. Lo mismo, inequívocamente, afirma Barile respecto a la Constitución italiana de 1947, dotada de rigidez y de garantías frente a las leyes inconstitucionales. Véase *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1987, p. 105 y s.

18. Como claramente ha expresado Nieto, es un defecto confundir normatividad con aplicación directa de las normas y control jurisdiccional. Véase “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional” en *Revista de Administración Pública* n° 100-102/1983, p. 387.

19. Véase *Les libertés publiques*, PUF, París, 1973, p. 47.

gencia normativa. En este caso las declaraciones no habrían tenido el contenido que las caracteriza: habría bastado con decir que los individuos serían titulares de los derechos que en cada momento les reconociese el legislador. Si esto no era así, obedecía seguramente al hecho de ser documentos portadores de obligatoriedad, que es tanto como decir que poseían alcance normativo.

c) las Constituciones aparecen precisamente como garantías de estos derechos así proclamados: se organiza al Estado de modo que los mismos sean respetados en todo momento. Como dijo Sieyès “toda constitución política no puede tener otro objeto que manifestar, extender y asegurar los derechos del hombre y del ciudadano”²⁰ y esto revela que tales derechos y libertades no son una expresión retórica, sino algo que por su vigencia y obligatoriedad demanda esta garantía: es lo que aporta el famoso artículo 16 de la misma declaración de 1789 (“toda sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”), al exigir que la división de poderes sea el eje de configuración de la arquitectura estatal, excluyendo así lo que es su gran amenaza, el absolutismo, la concentración de todo el poder estatal en unas mismas manos.

También desde un punto de vista lógico es posible convenir en la cualidad normativa y en la supremacía de la parte orgánica. Pues la Constitución realiza entonces lo que es una de sus funciones más características, la constitución u organización del Estado. Y para hacer esto necesita lógicamente disponer de fuerza normativa, que sus determinaciones gocen de vis obligatoria, pues ¿cómo sino organizar ese Estado? Afirmar que sin un procedimiento agravado de reforma constitucional, o sin un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, no hay verdadera Constitución normativa, equivale a admitir que el Estado estaría sin constitución u organización, o que estaría siempre en proceso abierto de constitución. Si, por el contrario, el Estado existe es porque está organizado, y esta organización no puede proceder más que de las Constituciones (¿de dónde sino?), incluso allí donde han regido en su modalidad de flexibles. Si el poder legislativo existe es porque una norma previa lo creó. Pues, como dice von Wright, para la existencia de una norma es preciso que exista otra que permitió dictar la primera ²¹.

Pero además esa normatividad va asociada a su propia superioridad sobre el resto de las normas jurídicas. Si el legislador ordinario pudiese sentirse libre respecto a las determinaciones constitucionales, si pudiese incumplir sus previsiones, habría que concluir que las Constituciones eran un absurdo, una contradicción en los términos. El legislador que actuase así estaría destruyendo la base de su propia existencia y legitimidad. Pues ¿cómo reconocer la obligatoriedad de las leyes ordinarias si no por su aprobación por un poder establecido por otra norma anterior y obligatoria? En definitiva, las supuestas Constituciones no normativas tratarían de organizar el Estado sin poderlo hacer, serían un acto frustrado *ab initio*,

20. Véase *Préliminaire de la Constitution, Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen, en Écrits politiques*, Editions des archives contemporaines, 1985, p. 192.

21. Véase *Norma y acción, una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, p. 200 y s.

un absurdo lógico. Aquí procedería invocar la misma argumentación que empleó el juez Marshall en los Estados Unidos para justificar la nulidad de las leyes opuestas a la Constitución: no cabe imaginar que los constituyentes pretendiesen ese absurdo; si establecieron una determinada configuración de los poderes del Estado era por que confiaban en su virtualidad jurídica, en su capacidad de organizarlos y condicionarlos consiguientemente²².

De no poseer las Constituciones, incluso las llamadas flexibles, esa superioridad normativa material sobrarían como tales actos constitutivos. A lo sumo bastaría un solo acto que proclamase "el Estado tendrá la organización de poderes que en cada momento disponga el legislador". Pues en definitiva, según las tesis que aquí criticamos, la verdadera normatividad sólo nacería con la ley, no con los documentos llamados Constituciones, que serían proclamas de puro valor político. Todo lo demás, partiendo de esa premisa, sería superfluo. Pero incluso ese acto único, esa suerte de cláusula de remisión general al legislador, sería un absurdo y estaría de más, pues al carecer de capacidad normativa su determinación no tendría por qué seguirse. Siempre habría un acto normativo posterior, llámesele ley o de otro modo, que configurase el Estado, y sólo ese acto sería el comienzo de la existencia jurídica del Estado. Y, entonces, esa ley posterior sería el verdadero acto constitutivo del Estado, el que merecería llamarse Constitución²³. De lo que se desprendería el completo absurdo del primer acto titulado Constitución. De otra parte, e iniciando un círculo vicioso, la misma objeción podría suscitarse con relación a esta segunda ley o Constitución: ¿porqué habría de respetarse como norma y norma superior si no contase con un procedimiento de sanción de las leyes contrarias?

Esta reducción al absurdo hace que dicha tesis no pueda aceptarse, pues supone tanto como decir que muchos constituyentes del siglo pasado no sabían lo que hacían cuando aprobaban Constituciones sin procedimiento agravado de reforma y sin control de constitucionalidad de las leyes. Y, lo que es peor, supone admitir que el legislador era soberano para en cada momento y sin límites variar la configuración del Estado.

Por eso, pensamos que Schmitt estaba en lo cierto cuando escribió: "la Constitución es, por su contenido y alcance, siempre más elevada y abarca más que cualquier ley particular. El contenido de la Constitución no era una cosa singular y destacada a causa de su más difícil reforma, sino al contrario: debía recibir la garantía de duración a causa de su significación fundamental"²⁴. Posición muy parecida a la que hoy defiende Pace, y que también suscribimos: "la superioridad de la constitución y la rigidez son las dos caras de la misma moneda (...) la causa

22. Como también escribió Sièyes los poderes establecidos "están sometidos a leyes, a reglas, a formas que no son los llamados a cambiar. Como no han podido constituirse a si mismos, no pueden cambiar su constitución". Véase *Préliminaire de la Constitution*, ob. cit., p. 198.

23. Pues como escribió Barile "el ordenamiento jurídico nace en el momento que nace su constitución, que es su Grundnorm, la piedra angular sobre la que se construye todo el edificio". Véase *Istituzioni ...*, ob. cit., p. 18.

24. Véase *Teoría de la Constitución*, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1934, p. 21

de la superioridad de la constitución sobre los actos jurídicos y normativos (...) es, al tiempo, también la causa de su rigidez en relación con el legislador”²⁵.

B) LA TEORÍA LIBERAL SOBRE LAS CONSTITUCIONES

No estamos en condiciones de adentrarnos en estos momentos en las razones históricas que llevaron a que algunas constituciones apareciesen como rígidas y otras, en cambio, lo hiciesen como flexibles. Pero a ello no debió ser ajeno el fenómeno democratizador del Estado, en el sentido de que los textos que se basaban en, o se acercaban al principio de soberanía nacional tendían a ser rígidos, mientras que los emanados de un poder constituyente, en todo o en parte, monárquico solían presentarse como flexibles²⁶. Hablamos de una tendencia general, que como tal tenía excepciones. Pero, de hecho, esa impresión se confirma al ver como en todo el panorama comparado el triunfo del principio democrático ha coincidido con la generalización de las Constituciones rígidas, haciendo de las flexibles un puro recuerdo.

Pero, junto a este hecho, debe tenerse en cuenta también que para el liberalismo originario la relación Constitución –ley no se contempló con los mismos ojos con los que después, especialmente en nuestro tiempo, se ve este fenómeno. La posible infracción de la Constitución por los poderes ejecutivo y judicial no pasó inadvertida a los hombres de la época, como se demuestra en los siguientes apartados. Pero esta misma infracción, cometida por el legislador ordinario, no debió parecer verosímil a algunos constituyentes decimonónicos, y acaso esto, junto a otros motivos, explica la omisión de un procedimiento agravado para la reforma de la ley fundamental. Pues, para los hombres de la época, siendo el poder legislativo un poder representativo de la nación, llamado a buscar el bien común, no podía esperarse que conculcase los derechos de sus mandantes, que es tanto como decir la propia Constitución. La ley era tenida como producto de la razón, elaborada mediante un procedimiento contradictorio y público, por lo que podía presumirse que no llegaría a contradecir a su propio fundamento. Consideraciones sin duda ingenuas, pero no por eso menos reales. Como escribió Bachof, el liberalismo y el constitucionalismo primitivos tenían una gran fe en la ley, que era tomada por la razón convertida en norma ²⁷. Por su parte, Rivero defendió que para la tradición liberal, influida por las ideas de Rousseau sobre la voluntad general, rige la idea de que “el pueblo, a través de sus representantes, no puede querer oprimirse a sí mismo”, a lo que habría que añadir, para explicar esa confianza en la ley, su procedimiento público, lento y

25. Véase “La naturale rigidità delle costituzioni scritte”. Cito por la versión española aparecida en *La rigidez de las constituciones escritas*, ob. cit. p. 71.

26. Véase sobre el tema Pérez Royo *La reforma de la constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987; de Vega *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1995

27. Véase *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 49.

contradictorio de elaboración²⁸. Apreciaciones estas que se constatan acudiendo a teóricos de la época, como Bentham, para el que la publicidad parlamentaria ayudaba a “contener a los miembros de la asamblea dentro de su obligación”²⁹, o a nuestro Alcalá Galiano, el cual, aunque partidario de las Constituciones flexibles y de lo que él mismo calificaba de “omnipotencia de legislador”³⁰, acababa afirmando que “los cuerpos elegidos por la parte más ilustrada e independiente de una nación, que en público deliberan, casi imposible es que a los derechos de los gobernados hagan un perjuicio real y verdadero, aun cuando por un breve plazo los acorten”³¹. Como ha escrito recientemente Romero Moreno, “la visión de idealismo político liberal considera que el poder legislativo es auténticamente inerrable, porque expresa la voluntad general”³². Que existía este orden de ideas es incluso compartido por Blanco Valdés³³ y por Varela³⁴, a pesar de llegar a una conclusión distinta a la nuestra.

De lo anterior se desprende, pues, que el silencio de las Constituciones sobre su enmienda en modo alguno equivalía a una exoneración de sus mandatos para el legislador ordinario.

C) LA DISTINCIÓN ENTRE EL PODER CONSTITUYENTE Y EL PODER LEGISLATIVO CONSTITUIDO

Podría objetarse a cuanto se defiende (la superioridad de la Constitución sobre la ley en los sistemas sin un procedimiento agravado de reforma) que la cuestión desembocaría entonces en un callejón sin salida: o bien esa Constitución sería inalterable, de imposible reforma, o bien su reforma tendría que quedar en manos del propio legislador. Lo primero podría conducir también a un absurdo, pues si un poder constituyente (fuese el rey, la representación popular o un mari-

28 Véase *Les libertés ...*, ob. cit., p. 121.

29. Véase *Táctica de las asambleas legislativas*, Imprenta de Tomás Jordán, Madrid, 1834, p. 29. La misma obra ha sido editada por el Congreso de los Diputados en 1991 bajo el título de *Tácticas parlamentarias*.

30. Véase *Lecciones de derecho político*. Aunque la edición original es de 1843, citamos aquí por la del CEC, Madrid, 1984, p. 297. Curiosamente, Benjamín Constant, partiendo de una premisa opuesta, el temor a una soberanía popular ilimitada y a un parlamento del mismo signo, para nada mencionaba a la rigidez constitucional como un mecanismo de defensa de los derechos y libertades, sino a otros tal que la división estricta de poderes, la existencia de un poder moderador en el monarca, la responsabilidad ministerial, la existencia de una cámara aristocrática, la disolución de las cámaras, etcétera. Véase *Curso de política constitucional*, Taurus, Madrid, 1968.

31. Véase *Lecciones ...ob.cit.* p. 305.

32. Véase *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, CEC, Madrid, 1983, p. 392 y s.

33. Así Blanco escribe refiriéndose a las constituciones revolucionarias francesas: “los atentados que podían derivarse de la aprobación parlamentaria de un ley contraria a la Constitución no se situaban en el horizonte de la época, como la cuestión fundamental”. Véase *El valor de la Constitución ...*, ob. cit., p. 242.

34. Según Varela “mientras se mantuvo en vigor la estructura constitucional liberal-burguesa no hubo razón alguna par establecer límites a la ley, porque la relación representativa estaba articulada de tal manera que aseguraba la fidelidad del legislador a los principios jurídicos básicos que las constituciones acogían como fundamento de la sociedad”. Véase *Sobre la rigidez constitucional*, ob. cit. p. 105.

daje de los dos) pudo aprobar la ley suprema en un momento dado, no se comprendería que el mismo poder no pudiese enmendar su propia obra, sobre todo tratándose de reformas parciales. Como ha escrito de Vega, las constituciones no pueden ser inmodificables, sino adaptables³⁵. La incompreensión crecería en el caso de constituciones derivadas del principio de soberanía popular, pues consistiendo ésta en último extremo en la voluntad mayoritaria de los ciudadanos, mal podría entenderse que en modo alguno pudiese una de estas mayorías modificar la decisión de una mayoría anterior. Dicho con otras palabras: la lógica democrática no se compadecería con el hecho de que una mayoría viviese eternamente sometida a la voluntad de otra mayoría anterior. En cambio, lo segundo (reforma constitucional por ley) vendría a ser una negación de la defendida superioridad de la Constitución.

Esta cuestión nos arrastraría a tratar de una temática tan compleja y discutida, como la reforma constitucional, la cual excede del ámbito del presente trabajo, cuyo propósito se ciñe a demostrar la condición normativa y toda superioridad de la Constitución. Por ello nos limitaremos a aventurar unas sucintas consideraciones que acaso podrían ayudar a salir de ese dilema³⁶. Lo que sigue en este apartado, más especialmente que en ningún otro, se hace pues a título de ensayo en el sentido estricto del término.

Aunque requeriría su averiguación una investigación apropiada, no parece que las constituciones, incluso las conservadoras carentes de procedimiento expreso de reforma, fuesen contempladas en la época como textos inalterables, incapaces de someterse a enmienda³⁷. A ello se oponen no sólo las consideraciones lógicas referidas en párrafo anterior, sino los testimonios recabados.

Así Rousseau escribió en referencia a las leyes fundamentales que “va contra la naturaleza del cuerpo político darse leyes que luego no pueda revocar”³⁸. Jefferson defendió como algo lógico que las leyes fundamentales pudiesen ser revisadas, al decir que “el mundo pertenece a la generación viviente”³⁹. Por su parte, Constant, tras ensalzar la limitación de las constituciones a la regulación de las garantías básicas para las libertades, advertía que “para su propia estabilidad, la posibilidad de una mejora gradual es claramente preferible a la inflexibilidad de las constituciones”⁴⁰. Y Paine, con no distinta intención, escribió que “una generación no puede

35. Véase *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, p. 42 y s.

36. Para una aproximación al tema de la reforma nos remitimos a nuestra introducción al Título X de la Constitución de 1978 y a la bibliografía allí citada, en *Comentarios a la Constitución*, dirección de F. Garrido Falla, tercera edición de próxima aparición.

37. Y ello a pesar de la intención personal del constituyente, como ocurrió con el Estatuto promulgado en 1848 por el rey de Cerdeña -Piamonte Carlos Alberto, que según Pace lo concedió con el propósito de que fuese inmodificable. Véase *La rigidez de las constituciones...*, ob. cit., p. 105.

38. Véase *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 104. Más adelante, y en consonancia con lo recogido, propone Rousseau una gradación de las mayorías que deben exigirse en función de la trascendencia de las leyes a aprobar.

39. Véase *The living thoughts of Thomas Jefferson*, Londres 1941, p. 129, citado en García Pelayo *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, p. 130

40. Véase Constant, *Collection complete des ouvrages*, París, 1818,1, p. 165.

someter a sus leyes a las generaciones futuras⁴¹. En definitiva, como bien supo ver García Pelayo, con las constituciones modernas, las que rompen con las leyes fundamentales del antiguo régimen, "fue preciso abandonar la tesis de la inmutabilidad para asegurar la de la permanencia"⁴². De modo coincidente, la conocida distinción de Bryce se basa en unas constituciones que serían reformables por leyes ordinarias y otras que exigirían un procedimiento con más requisitos, pero sin que en ningún momento defendiese la inalterabilidad de unas u otras⁴³. Finalmente, debemos referirnos a Alcalá Galiano. Uno de sus comentarios que llama la atención (y recuérdese que escribe a la vista de la Constitución de 1837, sin procedimiento expreso de reforma) es que la cuestión de si dicho texto podía variarse "por las Cortes ordinarias o las Cámaras con el rey" era que "sobre esto, por no estar expresado claramente, hay dudas y divergencias en las opiniones", lo cual es reconocimiento de que el tema controvertido era (y es) suficientemente enrevesado como para permitir una interpretación plenamente lógica y coherente. Y, en lo tocante a la reformabilidad de estas constituciones que nada dicen al respecto, manifestaba Alcalá Galiano que "en mi sentir debe entenderse que para hacer cualquier mudanza están facultados los cuerpos o personas que lo están para hacer las leyes"⁴⁴.

Mas entonces, si todas las constituciones eran susceptibles de reforma, habría que plantearse cómo la misma se articularía en el caso de las silentes sobre el procedimiento (pues, ciertamente, ninguna duda cabría sobre las que sí contienen un procedimiento *ad hoc*). La respuesta, por lo demás tan divulgada, consistente en llamar a estos efectos a la ley, solventaría el tema en términos prácticos, pero desde luego vendría a negar la defensa que venimos haciendo de la superioridad inherente de toda Constitución: si la ley pudiese enmendar la Constitución, tendría su mismo rango.

El dilema no es fácil de resolver, y de ahí tal vez la larga e inacabada disputa doctrinal sobre este tema.

Puestos a salir de esta recurrente disyuntiva, pensamos que la solución estriba en admitir que los textos decimonónicos flexibles eran reformables por el Parlamento, o por el Parlamento conjuntamente con el rey, pero en su condición de poderes constituyentes, no como poderes ordinarios. La modificación de la Constitución vendría operada por el legislador, pero no en su condición de tal, sino en la de poder constituyente. Precisamente Rousseau, tras admitir como un hecho natural la modificación de las Constituciones, añadía que "no va contra la naturaleza ni contra la razón que (el cuerpo político) luego no pueda revocarlas (las Constituciones) más que *con la misma solemnidad puesta en práctica al establecerlas*".⁴⁵

41. Véase *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, 1959, p.37.

42. Véase *Derecho constitucional...*, *ob. cit.*, p. 130.

43. De hecho sostuvo que en las constituciones sin provisión alguna en orden a sus modificaciones y cambios, "el otorgante se reserva la facultad de modificar su concesión". Véase *Constituciones...*, *ob. cit.*, p. 76.

44. Véase *Lecciones de...*, *ob. cit.*, p. 301.

45. Véase *Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia, ..., ob. cit.*, p. 104. La cursiva es nuestra.

A efectos prácticos, las consecuencias de esta explicación serían no muy distintas que si se parte de la igualdad de rango entre Constitución y ley: la dificultad para reformar la ley suprema no sería otra que la de aprobar cualquier ley. Pero tampoco habría una equiparación completa de efectos, pues si se admite esta premisa hay que convenir que la reforma constitucional, aun siendo lícita conforme al procedimiento legislativo ordinario, tendría que ser expresa, no bastando las modificaciones que podrían introducirse tácita o indirectamente mediante las leyes ordinarias. Esto es, el poder constituyente tendría que concurrir en su condición de tal y promulgar la modificación como lo que realmente es. Diferencia, aunque sutil, existe, pues, entre esta explicación y la de equiparación de rango.

Que lo anterior no en una pura digresión personal o un rebuscado y artificial criterio distintivo, lo demuestran diversos ejemplos extraídos del constitucionalismo histórico español.

Así, la Constitución de 1837 fue promulgada como una reforma de la Constitución de 1812, y eso que la vigencia de esta segunda era problemática⁴⁶, por lo que puede pensarse que para los constituyentes de la época esta mención era condición o elemento de la corrección formal de su obra: "Siendo la voluntad de la Nación revisar, en uso de su soberanía, la Constitución promulgada en Cádiz el 19 de Marzo de 1812, las Cortes generales, congregadas con este fin, decretan y sancionan la siguiente Constitución", dice su preámbulo. La reforma se hace, pues, apelando al poder constituyente, no por ley ordinaria.

Más claramente, la Constitución de 1845, aun siendo de nueva planta, fue tramitada como una reforma de la anterior de 1837. Al efecto de reformarla se convocaron elecciones⁴⁷, y luego fue discutida y aprobada a la vista de un proyecto presentado por el Gobierno como de reforma⁴⁸. Consecuentemente, en su preámbulo se invoca el poder constituyente diciendo: "[...] siendo nuestra voluntad (la de Isabel II) y la de las Cortes regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades (...), modificando al efecto la Constitución promulgada el 18 de Junio de 1837 (...)" De todo lo cual se deduce su condición de reforma expresa, no equiparable a una tácita introducida por ley ordinaria, siendo al mismo tiempo palpable que se estaban poniendo los fundamentos del Estado, lo que también la haría incompatible con esta vía ordinaria.

Esa circunstancia y la intervención del reformador no en su condición de legislador, sino de poder constituyente, parecen latir en las siguientes palabras de Alcalá Galiano, cuya opinión fue de peso según Sánchez Agesta en el código de 1845: "si bien puede ser quebrantada la constitución por una parte de los que la tienen en hacer leyes, no puede serlo por *el total*, o sea, por la potestad *constitucionalmente* legisladora, pues lo que *por todo esta se resuelve* no es una infracción,

46. Véase Sánchez Agesta, *Historia del constitucionalismo español*, IEP, Madrid, 1974, p. 263; Tomás Villarroya, *Breve historia del constitucionalismo español*, CEC, Madrid, 1982, p. 47.

47. Véase Sánchez Agesta, *Historia ...*, ob. cit., p. 284.

48. Véase de los Ríos *Derecho político general, español y europeo*, Imprenta Hilario Martínez, Madrid, 1845, Ill, p. 47.

sino en *cumplimiento de la ley constitucional del estado*⁴⁹. Palabras ambiguas y que seguían a su defensa de la omnipotencia del Parlamento para enmendar las constituciones flexibles, pero que implican un matiz teórico en el significado de la modificación constitucional frente a la obra legislativa ordinaria.

La reforma de esta Constitución de 1845 por la ley de 17 de Julio de 1857 se introdujo mediante una reforma expresa. Su proemio destacaba “que las Cortes han decretado y Nos sancionado la siguiente reforma de los artículos 14,15,16, 17,18 y 28 de la Constitución” a lo que seguía el nuevo texto de estos artículos.

La Constitución de 1869 no sólo no contuvo expresiones semejantes a las de 1837 y 1845, sino que apareció como producto de la voluntad de “la Nación española y en su nombre las Cortes Constituyentes”. Lo cual fue, sin duda, debido a su origen auténticamente revolucionario, al deseo de romper absolutamente con el régimen anterior, testimoniado en ese nuevo y distinto poder constituyente (la Nación, en lugar de las Cortes con el rey)⁵⁰. No era, pues, una reforma lo que se promulgaba, sino un código opuesto al anterior, por lo que no puede esperarse que se presentase como lo primero. Pero también queda claro que para derribar la Constitución anterior no bastó utilizar el poder legislativo ordinario, sino que fue preciso apelar al poder constituyente. Y el mismo comentario, y por análogas razones, parece merecer la Constitución 1931⁵¹.

En definitiva, creemos que hay elementos para sostener que, teóricamente, la reforma o derogación de las Constituciones sin procedimiento especial de reforma se situaba en unos parámetros distintos a los de la estricta aprobación de la ley ordinaria. En la forma explicada, puede armonizarse la superioridad de la ley fundamental con el hecho de su reforma sin requisitos materialmente distintos a los de la ley.

D) LAS FÓRMULAS CONSTITUCIONALES DE SUPREMACÍA.

Las propias Constituciones españolas contuvieron fórmulas bien expresivas de esta naturaleza normativa y de su propia superioridad sobre las otras fuentes. Así, por referimos a la de 1812, hay que señalar que ya el discurso preliminar de la comisión redactora, atribuido a Argüelles, se refiere alternativamente al proyecto de Constitución como “ley fundamental del Estado”⁵². Más claramente, los artículos 372 del texto gaditano (“Las Cortes, en sus primeras sesiones, tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubiere hecho pre-

49. Véase *Lecciones ...*, ob. cit., p. 30 l. La cursiva es nuestra.

50. Véase en este sentido Sánchez Agesta, *Historia ...*, ob. cit., p. 321 ys.

51. La única excepción fue la de la Constitución de 1876, pues no aparece formalmente ni como reforma de la anterior ni como producto de un poder constituyente originario. No obstante, la condición que aquí defendemos puede extraerse de su cláusula final sancionadora donde se dice “mandamos a todos nuestros súbditos, de cualquier clase y condición que sean, que hayan y guarden la presente Constitución como ley fundamental de la monarquía”.

52. Hemos manejado la edición *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, preparada por Sánchez Agesta y publicada por el CEC, Madrid, 1981.

sentes para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella”) y 373 (“Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución”) tipifican las infracciones de la Constitución y configuran un procedimiento ad hoc para su sanción. Sus determinaciones, pues, no eran unas simples declaraciones flotantes en el limbo de lo político, sino que se concebían y garantizaban como disposiciones operativas en el mundo jurídico⁵³.

Además, estas disposiciones gozaron de aplicación real, como pronto reveló el caso de Gregorio Fitzgerald, según lo relata Fairén Guillén⁵⁴. Por Decreto CCX de las Cortes, de 28 de noviembre de 1812, se establece y traslada a la Regencia que “los Tribunales del reino preferirán a todo asunto los relativos a infracción de la Constitución política de la Monarquía”⁵⁵, reconociéndose de este modo que la Constitución se tenía por obligatoria para el propio poder legislativo y para los propios tribunales.

La Constitución de 1837 también dejó constancia de su condición suprema. La sanción real aparece concebida en los siguientes términos: “por tanto, mandamos a todos los españoles[...] que hayan y guarden la Constitución inserta como ley fundamental de la monarquía, y mandamos asimismo a todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la expresada Constitución en todas sus partes”. Palabras que, por su expresividad, no necesitan apostilla. Y las Constituciones conservadoras de 1845 y 1876 se expresaron, en lo que aquí importa, con idéntico lenguaje.

E) EL RECONOCIMIENTO POR EL LEGISLADOR ORDINARIO

Que el propio legislador se sintió compelido por la Constitución, a la que consiguientemente tuvo por norma que le obligaba y, más en concreto, por norma superior, puede concluirse de varios ejemplos extraídos de su propia obra. Algunos proceden de los propios albores de nuestro constitucionalismo. Así, la ley de 17 de Abril de 1821 contenía diversas sanciones para una serie de conductas caracterizadas por implicar una vulneración de la Constitución. Una muestra de lo que se dice se encuentra en las siguientes medidas: confinamiento de ocho años para los que tratasen de persuadir a otros de que no debe observarse la Constitución (artículo 3); confinamiento de uno a cuatro años para los que propagasen doctrinas destinadas a destruir la Constitución (artículo 7); expulsión de las Cortes del diputado que

53. Para un estudio detenido de estos dos preceptos y la práctica seguida en su aplicación, puede verse Lorente Sariñena, *Las infracciones de la Constitución de 1812*, CEC, Madrid, 1998, p. 21 y s.

54. Véase “La constitución como norma jurídica de aplicación directa (en España desde 1812)” en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Edersa, Madrid, 1984, 11, p. 1 Y s. En este trabajo se recogen el dictamen y resolución de las Cortes en los que se manifiesta que las infracciones constitucionales debían juzgarse por los tribunales.

55. Fuente: *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de mayo de 1812*, Cádiz, Imprenta Nacional, 1813, p. 159. Cito por la edición facsimil editada por las Cortes Generales, Madrid, 1987, p. 725.

admitiese para sí o solicitase para otro algún empleo o ascenso en contra de lo prevenido en los artículos 129 y 130 de la Constitución (artículo 23); pérdida de empleo e inhabilitación para los jueces o magistrados que mandasen prender a alguien sin observar lo prevenido en el artículo 287 de la Constitución (artículo 28)⁵⁶. Lo que ahora importa destacar es que si se dispusieron estas penas para los infractores de la Constitución es porque la misma tenía carácter obligatorio, especialmente cuando aquéllas se referenciaban con la vulneración de artículos específicos, lo cual es tanto como decir carácter normativo. El legislador venía a reconocer que estaba sujeto por la Constitución, que cumplía un mandato de la misma. Y esto también parecía implicar una subordinación tácita a sus determinaciones.

En el dictamen de la Comisión especial sobre el proyecto de Código civil, del año 1821, se podía leer lo siguiente: “es, pues, la ley, y sólo ella, la que da vida a los derechos y a las obligaciones; y cuando *prescribe* estos derechos y obligaciones en grande, esto es, de la sociedad para todos los individuos, y al contrario, se llama *ley fundamental*. De ella se derivan, y son emanaciones suyas, las leyes que podrán llamarse *secundarias*, y que forman la materia de los diferentes Códigos acordados por las Cortes...”⁵⁷ y bajo el imperio de una Constitución flexible, como era la de 1876, se dictaron leyes como la de 15 de junio de 1880, relativa a las reuniones públicas, que decía así en su artículo 1: “El derecho de reunión pacífica que concede a los españoles el artículo 13 de la Constitución puede ejercitarse por todos, sin más condición, cuando la reunión haya de ser pública, que (...)” En sentido muy parecido se manifestaba la ley de 30 de junio de 1887, sobre las asociaciones. Como se ve, ambas leyes resultaban consecuencia de lo ordenado por la propia Constitución: su artículo 14 preceptuaba que “las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos que este título les reconoce...”, entre los cuales los instituidos en el artículo 13 (reunión y asociación entre otros). No eran, pues, las leyes las que producían el nacimiento jurídico de estos derechos fundamentales, sino tan sólo el instrumento que venía a asegurar y articular su vigencia. Y, sobre todo, lo hacían no libremente, sino en cumplimiento de un mandato constitucional.

F) LA DOCTRINA

Si las constituciones europeas del siglo pasado, especialmente las llamadas flexibles, hubiesen carecido de naturaleza normativa, tal rasgo no hubiese pasado desapercibido para los comentaristas de la época. Sostener lo contrario, parece un desdén injustificado con lo histórico y un paralelo exceso de autocomplacencia

56. Fuente: *Colección de los decretos y ordenes generales expedidos por las Cortes ordinarias de los años 1820 y 1821*, Madrid en la Imprenta Nacional, 1822, p. 37 Y s.

57. Fuente: Terol Becerra “Sobre la interpretación de la constitución y la ley en España (1812-1978)”, *Revista del Centro Estudios Constitucionales* n° 15/ 1993, p. 192. También este autor reconoce la naturaleza subordinada del futuro Código civil a esa ley grande. Los subrayados del texto reproducido son nuestros.

con lo coetáneo. Pues bien, de los autores que hemos consultado no hay ninguno que defendiese semejante postulado. Los que equiparan Constitución con ley ordinaria no dejan por eso de reconocer el pleno sentido jurídico de la primera. Otros, expresa o tácitamente, admiten simultáneamente su superioridad.

Así, para Bryce las Constituciones flexibles son las no promulgadas como tales, basadas en costumbres y tradiciones y, ocasionalmente, en alguna ley, y que pueden reformarse por leyes ordinarias, de donde se desprende claramente que cuando menos poseen naturaleza legislativa. Con mayor razón reúnen esta condición las Constituciones rígidas pues son las que proceden de una autoridad superior y poseen por eso "mayor fuerza"⁵⁸.

Laband también supo ver que la (supuesta) igualdad de rango entre las constituciones sin procedimiento agravado de reforma y las leyes ordinarias no excluía el carácter jurídico de las primeras. En este sentido escribió que la existencia de ese procedimiento especial equivalía a un poder legal reforzado, pero que los efectos materiales de la norma permanecían intactos si la misma se contenía en un documento constitucional o en una ley ordinaria⁵⁹. En definitiva, la ausencia de esa dificultad reformadora privaba a la Constitución flexible de un rango supremo, pero no de su cualidad de ley y, por lo mismo, de norma jurídica. Y dentro de la doctrina alemana, lo mismo o muy parecido se sostuvo por Schmitt, pero para rechazar que tales determinaciones supusiesen una Constitución en sentido formal⁶⁰.

Por su parte, Hauriou escribió que si bien es propio del Estado constitucional contar con una superlegalidad constitucional, era también posible que las reglas constitucionales estuviesen formuladas en leyes ordinarias del Estado susceptibles de ser aplicadas por el juez⁶¹. De estas palabras se deduce inequívocamente que para su autor las llamadas constituciones flexibles, susceptibles de reforma por ley ordinaria, eran tan leyes y por lo mismo tan plenamente obligatorias como las garantizadas por un procedimiento agravado de modificación.

Todos los consultados, entre los autores españoles que tratan este tema, conducen a la misma conclusión. En una obra aparecida en 1820, Jaumeandreu describe a la Constitución del Estado como la formada por las "*leyes fundamentales (...)* leyes que forman el derecho público de cada estado, que arreglan los varios grados de la autoridad de los príncipes y magistrados, de los deberes y de la libertad de los pueblos"⁶². Más claro es todavía Pacheco en sus famosas lecciones: "las Constituciones *modernas no son sólo leyes de gobierno, leyes políticas del estado. Impuestas por la teoría, tienen el doble carácter de un molde a que el estado se ha de arreglar,*

58. Véase *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, versión española editada por CEC, Madrid, 1988, p. 9 y s.

59. Véase *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, reedición, Scientia Verlag, Aalen, 1964, n, p. 72.

60. Véase *Teoría de la constitución*, *ob. cit.*, p. 19. Hay que recordar que Schmitt defendía que el concepto auténtico de Constitución implicaba la rigidez. Por el procedimiento de reforma no puede definirse -decía- la esencia del objeto reformado.

61. Véase *Precis de Droit constitutionnel*, Sirey, París, 1923, p. 271.

62. Véase *Curso elemental de derecho público*, Imprenta del gobierno político superior, Barcelona. 1820, p. 164 y s. El subrayado es nuestro.

y de una declaración de derechos, que han de respetar los poderes. Saliéndose del carácter antiguo y racional de todo código ordinario, no son meramente preceptivas, son también doctrinales, son también declarativas, son garantizadoras⁶³.

También podemos tomar de Posada⁶⁴ una serie de definiciones de Constitución procedentes de autores extranjeros que escribieron a la vista de textos constitucionales anteriores a la segunda guerra mundial y, desde luego, a la instauración de un sistema de justicia constitucional sobre las leyes parlamentarias. Así el italiano Palma decía que "en lo político se ha dado el nombre de Constitución al conjunto de leyes y de usos que hacen de una sociedad un cuerpo político". Por su parte, Romagnosi, más claramente todavía, presentaba a las Constituciones como "una ley que un pueblo impone a sus gobernantes con el objeto de protegerse contra el despotismo". Esta misma definición sería asumida entre nosotros por Rovira, quien añadió que la Constitución es "verdadera fuente de donde emanan todos los derechos, los comprende todos"⁶⁵. Finalmente, el propio Posada escribía que "una Constitución es, en definitiva, una Ley, la ley política fundamental, y como toda ley, aspira a concretar, en términos precisos y oportunos y debidamente publicados, normas jurídicas declarativas e imperativas. La diferencia entre la Constitución como ley y otra ley cualquiera es puramente formal"⁶⁶.

Otros autores posteriores, en todo caso comentaristas de antes de la segunda guerra mundial, reconocerán la normatividad de las constituciones como un rasgo general, sin expresar reparo a su aplicación a los textos del siglo pasado. Así, por sólo citar un ejemplo, Ruiz del Castillo, al tratar de la teoría general de las constituciones, escribió que "la reunión del poder constituyente con la Norma, o sea Norma establecida por el Poder constituyente, será la Constitución en sentido jurídico estricto"⁶⁷.

G) LA JURISPRUDENCIA

Antes de exponer la jurisprudencia del siglo pasado que refleja la naturaleza normativa de los textos constitucionales, queremos hacer dos precisiones. La primera es que lo que se sigue, lejos de pretender agotar el tema, constituye una simple muestra, obtenida no sin esfuerzo ante la dificultad de acceso a las fuentes.

63 Véase *Lecciones de derecho político constitucional*, Imprenta y librería de Ignacio Bosch, 1845, p. 20. El subrayado es nuestro.

64 Véase *Tratado de derecho político*, Librería Victorino Suárez, Madrid, 1924, 11, p. 4 y s. El subrayado es nuestro.

65 Véase Rovira y Rabassa, *Tratado de derecho político*, Madrid Barcelona, 1882, p. 411 y s. El subrayado es nuestro.

66 *Tratado de derecho político*, ob. cit. p. 21. La cursiva aparece en el original.

67 Véase *Manual de derecho político*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1939, p. 175. Aunque de fecha posterior, también son reveladoras las siguientes palabras de Pérez Serrano: "la Constitución de un Estado tal como el concepto plasma a partir de la independencia americana y de la Revolución francesa viene a ser también un Código, el Código político, el Código fundamental de una nación". Véase "Constitucionalismo y codificación" en, del mismo autor, *Escritos de derecho político*, IEAL, Madrid, 1984, 11, p. 721.

y de una declaración de derechos, que han de respetar los poderes. Saliéndose del carácter antiguo y racional de todo código ordinario, no son meramente preceptivas, son también doctrinales, son también declarativas, son garantizadoras"⁶³.

También podemos tomar de Posada⁶⁴ una serie de definiciones de Constitución procedentes de autores extranjeros que escribieron a la vista de textos constitucionales anteriores a la segunda guerra mundial y, desde luego, a la instauración de un sistema de justicia constitucional sobre las leyes parlamentarias. Así el italiano Palma decía que "en lo político se ha dado el nombre de Constitución al conjunto de leyes y de usos que hacen de una sociedad un cuerpo político". Por su parte, Romagnosi, más claramente todavía, presentaba a las Constituciones como "una ley que un pueblo impone a sus gobernantes con el objeto de protegerse contra el despotismo". Esta misma definición sería asumida entre nosotros por Rovira, quien añadió que la Constitución es "verdadera fuente de donde emanan todos los derechos, los comprende todos"⁶⁵. Finalmente, el propio Posada escribía que "una Constitución es, en definitiva, una Ley, la ley política fundamental, y como toda ley, aspira a concretar, en términos precisos y oportunos y debidamente publicados, normas jurídicas declarativas e imperativas. La diferencia entre la Constitución como ley y otra ley cualquiera es puramente formal"⁶⁶.

Otros autores posteriores, en todo caso comentaristas de antes de la segunda guerra mundial, reconocerán la normatividad de las constituciones como un rasgo general, sin expresar reparo a su aplicación a los textos del siglo pasado. Así, por sólo citar un ejemplo, Ruiz del Castillo, al tratar de la teoría general de las constituciones, escribió que "la reunión del poder constituyente con la Norma, o sea Norma establecida por el Poder constituyente, será la Constitución en sentido jurídico estricto"⁶⁷.

G) LA JURISPRUDENCIA

Antes de exponer la jurisprudencia del siglo pasado que refleja la naturaleza normativa de los textos constitucionales, queremos hacer dos precisiones. La primera es que lo que se sigue, lejos de pretender agotar el tema, constituye una simple muestra, obtenida no sin esfuerzo ante la dificultad de acceso a las fuen-

⁶³ Véase *Lecciones de derecho político constitucional*, Imprenta y librería de Ignacio Bosch, 1845, p. 20. El subrayado es nuestro.

⁶⁴ Véase *Tratado de derecho político*, Librería Victorino Suárez, Madrid, 1924,11, p. 4 y s. El subrayado es nuestro.

⁶⁵ Véase Rovira y Rabassa, *Tratado de derecho político*, Madrid Barcelona, 1882, p. 411 y s. El subrayado es nuestro.

⁶⁶ *Tratado de derecho político*, ob. cit. p. 21. La cursiva aparece en el original.

⁶⁷ Véase *Manual de derecho político*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1939, p. 175. Aunque de fecha posterior, también son reveladoras las siguientes palabras de Pérez Serrano: "la Constitución de un Estado tal como el concepto plasma a partir de la independencia americana y de la Revolución francesa viene a ser también un Código, el Código político, el Código fundamental de una nación". Véase "Constitucionalismo y codificación" en, del mismo autor, *Escritos de derecho político*, IEAL, Madrid, 1984,11, p. 721.

tes, escasas para los periodos más tempranos y, en general, faltas de índices y otras indicaciones que puedan identificar lo buscado⁶⁸. Pero, sin perjuicio del análisis más detenido que el tema merece, creemos que como tal muestra es suficiente a los efectos del presente estudio. La segunda precisión es que esta exposición atiende exclusivamente a la jurisprudencia de los tribunales españoles, debiendo consignarse que, desde luego, no estamos en condiciones de reargüir a García de Enterría cuando afirma que la “falta de condición normativa de la Constitución fue refrendada por toda la práctica judicial europea”, aunque seguramente tan tajante aserto habría demandado algún apoyo documental o bibliográfico. No obstante, hasta donde hemos podido conocer en este nuestro estudio, centrado básicamente en el caso español, sí que hay testimonios de la aplicación judicial de las Constituciones decimonónicas de otros países, incluso anteriores a las nuestras. Así, nos remitimos al estudio de Halperin, quien reseña una larga lista de sentencias del Tribunal de Casación bajo la Constitución de 1791, en las que ésta sirve de motivación a sus pronunciamientos, generalmente en el marco de recursos de excesos de poder⁶⁹. Acto seguido transcribimos extractos de pronunciamientos judiciales, en los que se invoca a la Constitución como norma que conduce al fallo (la cursiva es nuestra).

a) *Jurisprudencia bajo la Constitución de 1845*

a.1 Decisiones sobre competencias de jurisdicción dictadas a consulta del Consejo Real

– Competencia de 19 de Agosto de 1846:

“considerando: lo que esta Real orden (de 8 de mayo de 1839), espedida de conformidad con lo consultado con el Tribunal Supremo de Justicia, no hizo mas que asegurar la *independencia establecida por la Constitución* entre la autoridad judicial y la administrativa; independencia que en los juicios a que dan lugar a los tales interdictos, se desconoce de un modo repugnante, puesto que sin darse audiencia en ellos a la Administración se someten sus actos a censura de los tribunales” (fuente: *Jurisprudencia administrativa, Colección completa de las decisiones dictadas a consulta del Consejo Real desde su instalación en 1846 hasta su supresión en 1854*, Madrid, 1857, imprenta de la Revista de Legislación, 1, n° 39, p. 55 y s.)

– Competencia de 14 de septiembre de 1849:

“*Vistos los artículos 42, 43 y 64 de la Constitución* relativos a las facultades de mi Gobierno para hacer ejecutar las leyes y conservar el orden público, en los cuales se establece además el principio de la responsabilidad ministerial: *Visto el artículo 66 de la misma Constitución* que declara pertenecer exclusivamente a los tribunales y juzgados la potestad de aplicar las leyes en juicios civi-

68. Sobre el tema puede verse Blanco Canales “Materiales para el estudio de la legislación y la jurisprudencia española” en *Revista de las Cortes Generales* n° 7/1986, p. 312 y s.

69. Véase “La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux” en 1791 *La première constitution française*, Actes du colloque de Dijon 26 y 27 septembre 1991, Economica, p. 369 y s.

les y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado: *Visto el artículo 10, también de la Constitución*, que no permite que ningún español sea privado de su propiedad sino por causa justificada de autoridad común (sic) previa la correspondiente indemnización: [...] Considerando que los actos administrativos no pueden ser anulados, reformados ni interpretados sino por la Administración, ya gubernativa o ya contenciosamente, y que la intervención de los Tribunales civiles para decidir sobre la validez o nulidad de tales actos, sería contraria al citado *artículo 66 de la Constitución*, y destruiría la absoluta independencia de aquella consignada en las leyes y en los varios artículos, también citados de *la misma Constitución*: [...] Considerando que cualquier interpretación de *los principios constitucionales* y de las leyes, por la cual se reconociera en la autoridad judicial facultades para anular los actos administrativos, no solo sería contraria a *los citados artículos de la Constitución* y confundiría las distintas atribuciones del poder público, según su diferente modo de obrar, sino que produciría graves conflictos para mi Gobierno y opondría serios obstáculos a su acción libre y desembarazada, viéndose frecuentemente detenido en su marcha por decisiones de los tribunales, y hallándose en tales casos obligado a atacar la inviolabilidad de la cosa juzgada o a prescindir de los sagrados deberes que *la Constitución* le ha impuesto..." (fuente: *Jurisprudencia administrativa, Colección completa de las decisiones dictadas a consulta del Consejo Real desde su instalación en 1846 hasta su supresión en 1854*, Madrid, 1857, imprenta de la Revista de Legislación, 1, nº 294, p. 411 y s.)

– Competencia de jurisdicción 15 de julio de 1857: "*visto el art. 28 de la Constitución* de la Monarquía española, según el cual, el Congreso decide sobre la legalidad de las elecciones de los Diputados: *visto el art. 66 de la misma Constitución*, que determina que a los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales: [...] Considerando: 1º que la facultad privativa concedida al Congreso de los Diputados por *el art. 28 citado de la Constitución* para decidir sobre la legalidad de las elecciones, no coarcta la potestad exclusiva que, a su vez, consigna *el art. 66 de la misma Constitución* a los Tribunales o Juzgados respecto a la represión de toda especie de delitos, sean o no cometidos en actos electorales[...]" (fuente: *Jurisprudencia administrativa, Colección completa de las decisiones dictadas a consulta del Consejo Real y del Tribunal Supremo Contencioso Administrativo desde su instalación en 1846 hasta la creación del Consejo de Estado*, Madrid, 1860, VI, nº 70, p. 205 y s.)

a.2 Sentencias del Consejo de Estado

– Competencia de 7 de Marzo de 1860: "*Vistos los arts. 66 y 79 de la Constitución* de 1845, hoy vigente, según los cuales la averiguación y castigo de los delitos corresponde exclusivamente a los Tribunales y Juzgados, bajo su responsabilidad" (fuente: *Colección legislativa de España, Sentencias del Consejo de Estado*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1860, nº 33, p. 111 y s.)

– Sentencia de 27 de junio de 1861:

"*Visto el artículo 69 de la Constitución* de la Monarquía" (fuente: *Colección*

legislativa de España, Sentencias del Consejo de Estado, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1861, n° 92, p. 246)

b) *Jurisprudencia bajo la Constitución de 1869*

b.1 Sentencias del Tribunal Supremo

– Sentencia de la sala tercera de 8 de marzo de 1870:

“Considerando ... que por el art. 30 de dicho reglamento, no se hace más que desenvolver el precepto del 17 de la ley de 28 de Enero, puesto que sería ineficaz la vigilancia del Gobierno si no se contara con medios para reprimir los abusos que pudieran cometerse por las Compañías; *y por lo tanto los Tribunales pueden aplicarle sin faltar a la Ley fundamental del Estado*”. (fuente: *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Tercera*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1872, n° 39)

– Idem de 9 de julio 1870:

“Y considerando que impuesta al Gobierno la obligación de hacer las entregas en proporción de las obras que se ejecuten, no le es potestativo dejarla sin efecto por medio de una Real orden que, aunque de carácter general, no está conforme con las prescripciones de la ley; y que por lo tanto no puede aplicarse por los Tribunales, *según el artículo 92 de la fundamental del Estado*, y mucho menos dándose fuerza retroactiva con menoscabo de los derechos adquiridos;” (fuente: *Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Tercera*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1872, n° 109)

– Idem de la sala cuarta 20 de Octubre de 1870:

“Y considerando que impuesta al Gobierno la obligación de hacer las entregas en proporción de las obras que se ejecuten, no le era potestativo dejarla sin efecto por medio de la Real orden de 25 de Mayo de 1868, que aunque de carácter general, no está conforme con la ley, y por lo tanto no puede aplicarse por los Tribunales, *según el art. 92 de la ley fundamental del Estado*, mucho menos dándosele efecto retroactivo ...” (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1872, n° 17)

– Idem de 18 de enero de 1872:

“Considerando que el art. 30 de la ley de Diputaciones provinciales establece el recurso contencioso contra sus acuerdos ante las Audiencias de un modo general, sin que pueda entenderse limitado el caso previsto por el art. 29, atendiendo el cambio que hace de locución, y teniendo presente las garantías con que las leyes orgánicas han querido rodear el derecho electoral *en consonancia con la letra y espíritu de la Constitución del Estado*” (fuente: *Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1875, n° 18)

– Idem de 18 de Mayo de 1872:

“Considerando que esa prescripción legal es justa, y aun sin mediar esa circunstancia, no es a los Tribunales a quien incumbe resistir ni menos reformar las disposiciones legislativas, sobre *todo cuando emanan de un Asamblea Constitu-*

yente y Soberana, ni contra ellas proceden tampoco los recursos contenciosos” (fuente: *Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1875, n° 117)

– Idem de 26 de Junio de 1872:

“Considerando que *el art. 14 de la Constitución vigente...* nada ha innovado en orden a la declaración de utilidad pública.. ” y más adelante “Considerando que ésta no se reputa expropiación verdadera, porque para ella es indispensable que proceda la indemnización que prescribe *el art. 14 de la Constitución*” (fuente: *Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1875, n° 152)

– Idem de 14 de noviembre de 1872:

“Considerando que *con arreglo a la disposición terminante de la Ley fundamental del Estado*, vigente desde 10 de Junio de 1869 en que se decretó y fue promulgada, es una de las facultades discrecionales del Poder Real *consignada en el artículo 73, párrafo cuarto de dicha Constitución*, la de dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias, y a los Tribunales de justicia sólo les corresponde, *según el art. 91*, la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales” (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1876, n° 60)

– Idem de 19 de Febrero de 1873:

“Considerando que por *el art. 95 del tit. 7º de la Constitución política* de la Nación española se declara la inamovilidad de los Magistrados y Jueces, al tenor de lo que disponga la Ley orgánica del poder judicial” (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1876, n° 38)

– Idem de 26 de Febrero de 1873:

“Considerando que, según los más rectos principios de derecho administrativo, no pueden ser revocables en juicio contencioso las resoluciones del Gobierno dictadas dentro de la esfera de las facultades que le confiere *la Ley fundamental del Estado* y demás orgánicas del poder Ejecutivo...” (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1876, n° 43)

– Idem de 21 de Marzo de 1873:

“Considerando que a la fecha de la orden reclamada, *según el art. 73 de la Constitución política* de la Nación, el Rey confería todos los empleos civiles y militares con arreglo a las leyes” (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1876, n° 67)

– Idem de 28 de Junio de 1873:

“Considerando, por tanto, que es inadmisibile la doctrina expuesta en la presente demanda respecto de que con la ejecución de la predicha Real Orden se ha infringido *el art. 13 de la Constitución política* del Estado, en la cual se previene que *nadie puede ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes ni derechos, ni turbado en su posesión, sino en virtud de sentencia judicial* (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en su Sala Cuarta*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1876, n° 136)

b.2 Sentencias del Consejo de Estado:

– Real decreto sentencia de 18 de septiembre de 1875:

“visto[...] que el precepto del *art. 92 de la Constitución* vigente, que prohíbe a los Tribunales dar cumplimiento a los reglamentos generales, provinciales y locales, sino en cuanto estén conformes con las leyes, es aplicable a la orden de la Regencia de ...y su aclaratoria de [...] por ser contrarias a lo determinado en la ley de 1849 [...]” (fuente: *Colección legislativa de España, Sentencias del Consejo de Estado, años 1875–1876*, Madrid, 1879, n° 28, p. 135)

– Real decreto sentencia de 18 de septiembre de 1875:

“visto [...] y que el principio determinado en el *art. 92 de la Constitución* de 1869, prohibiendo a los Tribunales aplicar los reglamentos generales, provinciales y locales, sino en cuanto estén conformes con las leyes, es extensivo a la orden de 10 de octubre de [...] y a su aclaratoria de [...]” (fuente: *Colección legislativa de España, Sentencias del Consejo de Estado, años 1875–1876*, Madrid, 1879, n° 29, p. 144)

Es expresivo que las dos sentencias anteriores, prácticamente idénticas en lo que ahora interesa, y dictadas en un momento en que las instituciones y régimen político instaurado por la Constitución de 1869 estaban desaparecidas tras el pronunciamiento de Sagunto, invocasen como norma plenamente aplicable y decisiva para la decisión del pleito a su artículo 92. De no ser vista como norma jurídica, mucho nos tememos que esto no hubiese sido factible.

c) *Jurisprudencia bajo la Constitución de 1876*

c.1 Sentencias del Tribunal Supremo

– Sentencia de la Sala primera de 26 de Mayo de 1877:

“Considerando que cualquiera que sea la irregularidad con que esté redactada la sentencia recurrida, es lo cierto que no infringe el precepto constitucional que se invoca (*artículo 13 de la Constitución de 1869*) como único motivo del recurso, tanto por no ser éste aplicable en los momentos actuales a una cuestión puramente de derecho civil debatida en juicio, cuanto por que no reconociendo la Sala en el recurrente ... derecho alguno ni de posesión ni de propiedad en los bienes que pretendió reivindicar ...” (fuente: *Colección legislativa. Sentencias del Tribunal Supremo en materia civil Salas Primera y Tercera*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1878, n° 188)

Esta sentencia ciertamente omite la aplicación de la Constitución de 1869, según instaba el recurrente, pero parece hacerlo, no por que la misma careciese de valor normativo, sino por que la misma estaba derogada por la entrada en vigor de la nueva Constitución de 1876. Así puede deducirse del inciso “no ser éste aplicable en los momentos presentes”. Y si esto es así dos consecuencias se desprenden: primera, el reconocimiento de que dicha Constitución fue aplicable en otro momento anterior, lo que es lo mismo que admitir su naturaleza normativa; segunda, que la Constitución de 1876 también participa de esta naturaleza, pues si fue capaz de derogar una norma anterior era porque ella misma también lo era.

– Sentencia de la Sala segunda de 20 de Abril de 1885:

“Considerando que ... (los hechos denunciados) no pueden por ningún concepto ni motivo juzgarse como constitutivos de calumnia, insulto o injuria contra

la misma, sino como proferidas en uso y dentro de los límites del perfecto derecho que a todo ciudadano español asiste, *con arreglo a la Constitución* y a las leyes, para emitir su juicio acerca de la manera de proceder los funcionarios públicos en el desempeño de sus respectivos cargos" (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal. Salas Segunda y Tercera*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1886, n° 346).

—Sentencia de la Sala segunda de 9 de junio de 1885:

"Considerando que si bien la Constitución del Estado en sus artículos 10 y 11 establecen la tolerancia religiosa, es, según tiene declarado en repetidas y recientes sentencias esta Sala, con las limitaciones exigidas por las reglas universales de la moral y el derecho, y que, por tanto, dichos artículos, que se alegan como infringidos, no autorizan en modo alguno para hacer mofa y escarnio del dogma católico, acción declarada punible y prevista y penada en el citado art. 240 del Código penal" (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal. Salas Segunda y Tercera*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1886, n° 497).

—Sentencia de la Sala segunda de 9 de diciembre de 1886: "Considerando que para la aplicación del art. 215 del Código penal, que castiga los delitos contra la inviolabilidad del domicilio, *ha de tenerse presente la ley fundamental del Estado*, que consigna y garantiza este derecho, porque *toda alteración que ésta introduzca en la extensión y límites de la inviolabilidad del domicilio, modifica necesariamente en su aplicación el citado artículo 215 del Código*" (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal. Salas Segunda y Tercera*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1888, n° 311).

—Sentencia de la Sala segunda de 2 de Julio de 1887: "Considerando que el Alcalde comisionado por un Ayuntamiento para dirigir un apremio en cantidad de 414 pesetas y 71 céntimos, que penetra en casa del deudor, apoderándose de una suma poco más o menos igual a la expresada, *no incurre en la infracción del art. 6 de la Constitución del Estado*, ni comete ninguno de los delitos que señala el Código penal en sus números 10 y 20 del art. 215, si procediendo con las debidas formalidades en contraposición a la conducta obstinada y desobediente del deudor, se tiene en cuenta que si no se halla derogada dicha última disposición, *se halla al menos subordinada a la primera*, y que por su autoridad y cargo puede entrar en el domicilio de áquel y hacerse pago de lo que debía ..." (fuente: idem *Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal. Salas Segunda y Tercera*. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1889, n° 5)

Debe hacerse constar que las sentencias que se acaban de citar como procedentes de la Sala segunda fueron dictadas en recursos de casación por infracción de ley, lo cual— en contra de lo defendido en alguna de las posiciones aquí discutidas —confirma la invocabilidad de la ley fundamental en todos los niveles. Entre todas ellas acaso destaquen, a los fines del presente trabajo, las dos últimas: por un lado, reconocen la relevancia de la determinación constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio, pues no otra cosa es lo que establecía el artículo 6 de la Constitución de 1876, y esto equivale al de su condición normativa plena; por otro, confirman la superioridad de la Constitución sobre la ley ordinaria, como es

el Código penal, al señalarse que lo establecido por la primera modifica *necesariamente* lo dispuesto por la segunda o que ésta está *subordinada* a la anterior. Por lo demás, apenas hace falta recordar que aquí se estaba en presencia de una ley fundamental sin procedimiento especial de reforma. Refiriéndose a esta época, Romero Moreno afirma que "son innumerables las sentencias del Tribunal Supremo en las que se admite la fundamentación jurídica encabezada por un artículo de la Constitución y acompañada de otras normas"⁷⁰.

c.2 Sentencias del Consejo de Estado:

–Real decreto sentencia de 8 de marzo de 1877:

"visto *el art. 13 de la Constitución* de 1869, según el cual nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni perturbado en la posesión de ellos sino en virtud de sentencia judicial (...)" y poco después "considerando que el art. 13 de la Constitución de 1869 no derogó toda la legislación anteriormente establecida para la Administración pública (...)" (fuente: *Colección legislativa de España, Sentencias del Consejo de Estado*, año 1877, Madrid, 1879, n° 42, p. 227)

En esta sentencia merece subrayarse no sólo la invocación de una Constitución cuando la misma había dejado definitivamente de regir, sino también el hecho de que el precepto invocado excede de la materia orgánica para caer de lleno en lo que atañe a la protección de los derechos individuales.

–Real decreto sentencia de 8 de marzo de 1877:

"visto el art. 88 de la Ley provincial de 20 de Agosto de 1870, que atribuye al Gobierno la suprema inspección para impedir las infracciones de esta ley, *de la Constitución* y de las demás generales del Estado" (fuente: *Colección legislativa de España, Sentencias del Consejo de Estado*, año 1877, Madrid, 1879, n° 47, p. 249)

–Real decreto sentencia de 15 de marzo de 1877:

"vistos el decreto y circular de 2 de Julio de 1869, expedidos por el Ministerio de Ultramar, disponiendo rijan en aquellas provincias y en la forma que se expresa *los artículos 94, 95, 96 y 97 de la Constitución* del Estado, referentes a la entrada, ascensos e inamovilidad de la carrera judicial, en que se hace omisión completa de la judicatura de la Península" (fuente: *Colección legislativa de España, Sentencias del Consejo de Estado*, año 1877, Madrid, 1879, n° 55, p. 279)

También aquí se invoca una Constitución (de 1869) que había quedado derogada por la de 1876. Pero esta ultraefectividad si algo demuestra es su aceptación plena como documento legal. En otro caso no se comprendería su aplicación.

III. CONCLUSIONES

De todas las consideraciones anteriores creemos que puede extraerse como conclusión fundada que las Constituciones pretéritas gozaron de condición nor-

70. Véase *Proceso y derechos fundamentales* o., *ob. cit.*, p. 427.

mativa, aunque las mismas careciesen de las garantías de la reforma agravada y de la justicia constitucional, garantías que, como tales, servían para dar plenitud a esta condición, para dar efectividad a sus mandatos frente al legislador, pero no para crearla como norma jurídica, especialmente en su relación con los poderes ejecutivo y judicial.

Esta cualidad no se ve desmentida por el hecho de que algunas de sus determinaciones necesitasen el complemento o desarrollo de normas infraconstitucionales, punto este en el que ninguna diferencia esencial media con las disposiciones incompletas y con las programáticas de las Constituciones contemporáneas. Pero allí donde había disposiciones completas o susceptibles de ser aplicadas por sí mismas, o conjuntamente con otras, no parece pueda negarse esta normatividad. Que la normatividad sea más intensa en las leyes fundamentales de la segunda posguerra mundial resulta innegable. No hay más que ver, junto a la instauración de los sistemas de control de las leyes, el incremento notable de su contenido: regulación de derechos y de instituciones antes desconocidos son ahora elementos característicos de las mismas. Pero esto apunta a una diferencia cuantitativa, de grado, no a diferencias sustanciales. Aunque reducida en alcance, la normatividad de las constituciones decimonónicas era claramente perceptible.

Tampoco esta cualidad parece mermada por la cuestión distinta de la efectividad de las Constituciones pasadas. Queremos decir que el tema que aquí estudiamos es el de lo que las determinaciones constitucionales son *per se*. Aunque una inefectividad total de la Constitución difícilmente sería compatible con su condición de ley suprema, lo que sí debe subrayarse es que la infracción de la Constitución, como la de cualquier otra norma, no desmerece su condición de tal. El hecho de que puedan reseñarse infracciones de aquellos textos demostraría sólo un grado reducido de cumplimiento, no que no fuesen normas jurídicas. Para apreciar esto último ha de estarse a circunstancias distintas, inmanentes, como la procedencia de una fuente legítima, la promulgación y publicación como tal norma, la estructura organizativa o imperativa de sus proposiciones lingüísticas⁷¹, etcétera. Y en esto las Constituciones del siglo XIX no parecen muy distintas de las contemporáneas. Que a pesar de esta tensión entre Constitución y realidad, siempre se reconoció la obligatoriedad de la primera se deduce de actos como el decreto de la Regencia, de 16 de Octubre de 1840, en cuyo preámbulo se expresa lo siguiente: "(...) sin embargo, hasta ahora no ha tenido este artículo (el 66 de la Constitución de 1837) el cumplimiento debido ni la aplicación práctica *que requería el respeto a la ley fundamental*. Cualesquiera que sean las razones en que esto se haya fundado, todas deben ceder a *la más poderosa e irresistible de guardar y hacer que se guarde la Constitución*"⁷².

También pensamos que los argumentos arriba recogidos permiten sostener que las Constituciones no sólo eran leyes, sino leyes fundamentales, como por lo

71. Véase sobre este aspecto particular von Wright *Norma y acción. ob. cit.*, p. 87 y s.

72. Fuente: *Colección de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes, y de los reales decretos, órdenes, resoluciones y reglamentos generales*, tomo XXVI, p. 318. La cursiva es nuestra.

demás se las llamó desde el primer momento. Esto es, que no reducían su fuerza jurídica a la de las leyes ordinarias, sino que se alzaban como normas superiores a estas últimas. Serían así normas supremas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, también es obligado reconocer que este aspecto no es tan claro como el anterior, y que por lo mismo admite una controversia. Decimos que no es tan segura esta afirmación por el hecho ya comentado de la carencia de una práctica consolidada en este sentido. Esto es, falta una experiencia suficiente en torno a la enmienda de las constituciones flexibles por el poder constituyente en cuanto tal (que es lo que confirmaría esta interpretación) y no por los poderes legislativos ordinarios⁷³.

Finalmente, un comentario que trasciende lo puramente jurídico. El hecho de que la Constitución de 1978 no sea el primer texto normativo de la historia constitucional española, lejos de desmerecerla, no hace más que reforzarla en su condición de ley fundamental del Estado. Pues significa que nuestra ley de leyes se apoya en una tradición, salpicada ciertamente de renunciaciones, quiebras y desfallecimientos, pero que no por eso deja de brindar una experiencia y una cultura de limitación del poder. Afortunadamente, los precedentes constitucionales han aportado, en lo positivo y en lo negativo, unas referencias que sirvieron para la reconstrucción estatal que supuso el texto vigente. España no es un advenedizo en el constitucionalismo, y esto hace o debiera hacer que sus construcciones jurídico estatales estén basadas en las lecciones de la experiencia y, por ende, que sean más sólidas.

El mérito de la Constitución de 1978 no es haber aportado una nueva categoría normativa, supuestamente inédita entre nosotros, pues aunque lo hubiese hecho no es esto lo principal que se reclama de un texto llamado así. Lo que una Constitución debe proporcionar, y por lo que ante todo debe ser juzgada, es una ordenación del Estado y de las libertades que sea sólida y duradera. Y esto sólo se obtiene cuando la Constitución alcanza una aceptación general. Aquí es donde aparece la novedad y el gran mérito distintivo de la carta magna de 1978. Casi por vez primera en nuestra historia se ha logrado un texto que, al margen de sus limitaciones, es aceptado por una aplastante mayoría de los españoles, permitiendo el acceso al poder a partidos y gobiernos de signo muy diverso, y abandonando así el carácter sectario con que fueron aprobadas y aplicadas muchas de nuestras leyes constitucionales anteriores⁷⁴. Y cumpliendo esto, nuestra ley de leyes ha cumplido con su principal responsabilidad. Pues, como dijera Smend, para que la Constitución cumpla con su misión de orden de integración del Estado es indispensable el concurso activo de las fuerzas políticas de un pueblo⁷⁵.

Que las leyes fundamentales del franquismo tuviesen carácter meramente programático, que los tribunales negasen su virtualidad jurídica, no significa que

73. Véase sobre esto el apartado II. E anterior.

74. Este aspecto lo consideramos en *Esencia y valor ...*, *ob. cit.*, p. 33.

75. Tomamos la referencia de Smend de García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, reedición de Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 84 Y s.

lo mismo ocurriese con los textos constitucionales anteriores, de los cuales las primeras representaron su antítesis y negación. Por lo mismo, no debiera extenderse el comentario propio de las unas a los otros. Tal vez, como advirtió Nieto, el recuerdo de lo más reciente llevó a una obsesión con la aplicación directa de la Constitución de 1978⁷⁶. La misma conclusión se obtiene mirando fuera de nuestras fronteras, donde, en la medida que conocemos, esta polémica es desconocida. Parece que se acepta como algo implícito que la Constitución es un cuerpo normativo, sin perjuicio de las diferencias que puedan mediar entre unas y otras. Y allí donde se comenta el tema de la normatividad de las Constituciones es en un sentido muy diverso. Lo que, por ejemplo, estudia Hesse bajo la rúbrica del poder normativo de las Constituciones es el problema de su vigencia o efectividad, el hecho de que tienen que estar en consonancia con las circunstancias histórico sociales y espirituales de cada país⁷⁷.

La Constitución de 1978 no necesita, pues, de añadidos como los comentados para realzar su valor. Su mérito no deriva de su cualidad de norma, sino de ser norma pacíficamente aceptada por la mayoría de los ciudadanos y fuerzas políticas.

76. Véase *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional*, ob. cit., p. 378.

77. Véase Hesse "La fuerza normativa de la Constitución" en *Escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1983, p.59 y s.