

SEGUNDA PARTE
EL ESTADO DE DERIVACIÓN LIBERAL

| | |
|------------------------------|-----|
| CAPÍTULO PRIMERO | |
| LA FORMA DE ESTADO | 215 |

Sección I. El poder limitado

| | |
|--|-----|
| Afirmación del Estado liberal y su evolución. El Estado social | 216 |
|--|-----|

Sección II. Posición del ciudadano en el Estado

| | |
|--|-----|
| I. Igualdad jurídica, libertad y derechos del hombre | 224 |
| II. El Estado de derecho | 247 |

Sección III. Gobierno directo e indirecto

| | |
|---|-----|
| I. Soberanía y representación. Principio representativo y principio democrático | 252 |
| II. Institutos de democracia directa | 253 |
| III. Institutos de democracia indirecta. Voto y elecciones . . . | 257 |
| IV. Los partidos políticos y su intervención en la forma de gobierno representativa | 263 |
| V. Crisis de los partidos y de la representación política y surgimiento del individuo y de los grupos como interlocutores de los órganos constitucionales | 269 |

Sección IV. Distribución funcional del poder

| | |
|---|-----|
| I. La separación de poderes | 274 |
| II. La separación entre Legislativo y Ejecutivo y su evolución. La función de oposición y la separación entre oposición y mayoría | 276 |
| III. Independencia de los jueces del poder político | 281 |

Sección V. La distribución colaboradora del poder entre el ente soberano y los entes autónomos

| | |
|---|-----|
| I. Estado y autonomías. Modelo confederativo | 294 |
| II. El modelo federal como expresión del constitucionalismo de derivación liberal | 306 |
| III. La soberanía federal | 313 |
| IV. Distribución del poder entre el Estado federal y los estados miembros | 320 |
| V. Participación de los estados miembros en las funciones federales | 323 |
| VI. Estado federal y Estado regional | 326 |
| VII. Ejemplos de formas de organización en los Estados regionales | 328 |

Sección VI. La concentración del poder como excepción

| | |
|--|-----|
| Derogaciones del principio de separación | 341 |
|--|-----|

Sección VII. Distribución vertical del poder

| | |
|---|-----|
| I. Órganos de dirección y órganos de ejecución. La administración civil | 348 |
| II. Separación entre el “poder civil” y el “poder militar” . . . | 356 |

Sección VIII. La separación Estado-religión

| | |
|--------------------------------------|-----|
| Separación Estado-religión | 364 |
|--------------------------------------|-----|

SEGUNDA PARTE
EL ESTADO DE DERIVACIÓN LIBERAL

CAPÍTULO PRIMERO

LA FORMA DE ESTADO

El modelo al que se uniforma el Estado que surgió cuando fue superado el absolutismo se caracteriza por reconocer carácter prioritario al papel que juegan los individuos en la sociedad y por el reconocimiento de una amplia esfera de derechos y garantías que aseguran su uso pleno. Bajo el primer aspecto sobresalen los temas de la igualdad y de la libertad y de la participación directa e indirecta del individuo en el poder estatal. Bajo el segundo aspecto emergen las múltiples soluciones organizativas encaminadas a limitar el poder repartiéndolo entre varios centros de imputación, tanto a nivel central como periférico, de suerte que se permita el mejor ejercicio de las funciones públicas por medio de los órganos más idóneos, y además se dé el control recíproco interpoderes entre los órganos de dirección.

SECCIÓN I

EL PODER LIMITADO

AFIRMACIÓN DEL ESTADO LIBERAL Y SU EVOLUCIÓN.
EL ESTADO SOCIAL

El Estado liberal se desarrolló en Inglaterra a partir del siglo XVII (“Revolución Gloriosa”, 1688-1689), consolidándose progresivamente en Europa después de la Revolución francesa (1789) y en los Estados Unidos a partir de la guerra de independencia (1776).

Su característica esencial, que comportaba una neta antítesis con el absolutismo afirmado en los siglos precedentes en los Estados nacionales europeos, era la *limitación* del absolutismo del soberano y la conquista de un *sistema de garantías* frente al poder político. En este sentido, la ideología, que luego se definiría como liberal, fundaba sus raíces en la historia europea. A título ejemplificativo pueden recordarse las autonomías municipales en la Edad Media; la presencia en toda Europa de asambleas y de consejos representativos de los estamentos (clero, nobleza, burguesía); el valor de garantía atribuido a las costumbres constitucionales; el mantenimiento de una cierta autonomía de los jueces respecto del poder político, vinculándose la interpretación judicial a las antiguas costumbres del reino. También fue cierta la limitación de los abusos del absolutismo, merced a la concepción cristiana del valor de la persona humana, mientras que las luchas por la libertad religiosa en muchos países europeos sirvieron de premisa a más amplias libertades políticas.

Estas alusiones indican cómo, durante el absolutismo, subsistieron áreas (parcialmente) libres de la injerencia del soberano, mientras ya existían algunos instrumentos de limitación de su poder. En este último sentido se reveló determinante la función desarrollada por las asambleas: a través del poder de votación de los fondos y de la autorización de los drenajes fiscales requeridos por el rey, intentaron cierto condicionamiento de la dirección del soberano y de sus fiduciarios. Sin embargo, a pesar de la presencia también de ejemplos contrarios, puede sostenerse que al

consolidarse los Estados nacionales europeos y al aumentar el poder de los diversos monarcas del siglo XVI en adelante cesa toda función de importancia de las asambleas, salvo en Inglaterra.

Aquí las circunstancias políticas vieron consolidar una agregación de intereses entre la burguesía urbana y la nobleza rural que logró salvaguardar las autonomías tradicionales de la ciudad y valorizar la función de las asambleas. El Parlamento se convierte, durante el siglo XVII, en el centro de un dramático enfrentamiento entre el rey y los miembros de las dos cámaras: el poder absoluto se va limitando progresivamente, nace el gobierno parlamentario con el apartamiento del rey de la lucha política y la atribución del poder gubernativo a un grupo de personalidades políticas que contaban con la confianza del Parlamento. En el curso del siglo XVIII la limitación del poder era una realidad en Inglaterra, mientras en el resto de Europa permanecía el gobierno de los monarcas absolutos, a menudo en la versión ilustrada del “Estado de policía”, que afirmaba el principio de que la función del soberano consistía en garantizar el bienestar de sus súbditos.

La revolución de las trece colonias americanas contra el dominio inglés (Declaración de Independencia de 1776), derivada de la exigencia de emancipación económica, asumió el carácter político de lucha de una nueva sociedad liberal contra la vieja sociedad monárquica y aristocrática, interesando así a Europa. La Revolución francesa de 1789 alteró el equilibrio de los Estados europeos, difundiendo los principios-guía de la libertad y de la igualdad, característicos de la democracia burguesa. Después de los intentos de restauración, sucesivos a 1815, la serie de revoluciones entre 1830 y 1848 afectó a casi toda Europa.

Las revoluciones liberales, a excepción de las declaraciones formales referentes a los derechos de libertad y de igualdad, introdujeron de hecho regímenes de tipo *oligárquico* (“criptodemocracias”) que se prolongaron por mucho tiempo en el continente europeo y en los países iberoamericanos, donde la burguesía, única intérprete de la nación y única representada en los órganos constitucionales, mediante la restricción del sufragio, excluía a los restantes componentes nacionales del ejercicio del poder político. El constitucionalismo liberal se difundió por todas partes, siguiendo el proceso de industrialización y la expansión de las clases medias comerciales, profesionales y burocráticas.

En la concepción del Estado liberal confluyen dos corrientes culturales: la de derivación anglosajona, que surge del desarrollo de la Constitu-

ción consuetudinaria inglesa y de la contribución de la revolución americana, y la de derivación francesa, asociada a las aportaciones de la gran revolución. Esta última es la que más ha influido al constitucionalismo europeo continental y, principalmente, al italiano. Ésta se caracteriza por la presencia y predominio del concepto unitario de nación como entidad general e indiferenciada en la cual se concentra la soberanía que se expresa mediante el poder constituyente, del traslado habitual de la soberanía a una asamblea parlamentaria representativa y de la superioridad de la ley, que es interpretada por los jueces únicamente. La corriente anglosajona permite una relevancia del pluralismo institucional acentuada y valoriza las comunidades intermedias hasta privilegiar el federalismo. El espacio reconocido a los derechos de libertad no se establece por la ley “soberana” del Parlamento sino que constituye un conjunto de valores antecedentes respecto a la intervención del legislador. El juez no sólo es un intérprete ejecutor de la ley sino que también puede convertirse en fuente de producción creadora del derecho; y, en fin, la ley del Parlamento, sólo en el ordenamiento estadounidense, no goza de una absoluta preferencia pero puede ser invalidada, cuando no esté conforme a la Constitución, por la intervención represiva del juez de constitucionalidad.

Los *principios* que hizo suyos el Estado liberal son fruto de un proceso formativo secular que ha precedido a las realizaciones constitucionales: las luchas por la libertad religiosa, la función de los Parlamentos, las autonomías municipales tradicionales, las elaboraciones doctrinales encaminadas a limitar el poder absoluto, eran ya patrimonio de la cultura política y jurídica europea.

El principio de *igualdad* política se planteaba como reacción a las posiciones de privilegio hereditario de la nobleza monárquica; el principio de *libertad* tendía a garantizar al ciudadano frente a las injerencias y abusos del poder político (libertad de pensamiento, de expresión, de arrestos inmotivados, de domicilio, de circulación, etcétera: las llamadas libertades civiles), como también procuraba garantizarles la participación en la vida pública (libertad de asociación, de expresión, de reunión, etcétera: las llamadas libertades políticas).

Los derechos de libertad y de igualdad asumían, sobre todo, carácter jurídico: el objeto de tales pretensiones consistía en una expectativa legalmente disciplinada que eliminase los obstáculos jurídicos para su utilización. Desde el punto de vista económico, la burguesía tenía ya disponibilidad suficiente para gozar de estos derechos, una vez legalmente

garantizados. Además, la característica de los derechos en mención es que éstos comportan una prohibición para el poder político de intervenir en la esfera privada. La aspiración era que el Estado adoptase una posición pasiva respecto a la libertad de acción de los titulares. Las libertades económicas eran concebidas del mismo modo: plena autonomía de los titulares de los derechos y ausencia de intervenciones públicas para regular la economía. La propiedad privada de los medios de producción y de consumo fue declarada “sagrada e inviolable”; la libertad de empresa se emancipó de las disciplinas de las corporaciones y también de las del Estado; la libertad de comercio encontró límites únicamente en las leyes del mercado competitivo. El régimen de las libertades hallaba una perfecta integración con una concepción de las estructuras estatales basadas en el perfil garantista de la *separación de los poderes*, que permitía un equilibrio entre los diversos centros institucionales de modo que aseguraba al Parlamento, institución representativa de una comunidad nacional “soberana”, limitada a quienes detentaban el poder económico, una función preferente.

En el mismo momento en que el Estado liberal consolidaba su triunfo sobre el absolutismo monárquico y sobre las instancias conservadoras, debía enfrentarse a la amenaza surgida de la ideología socialista y de la organización de las clases populares excluidas, sustancialmente, del poder político. La Revolución francesa de 1848, que llevó luego por reacción a la dictadura de Luis Napoleón, contempló por primera vez el papel activo del proletariado. En el mismo periodo se publicó el *Manifiesto comunista*.

El Estado liberal, si bien combatió el socialismo, acogió algunos valores de éste. Se percató de la evidente discrepancia entre los principios formales en materia de igualdad y de libertades políticas y sus concretas posibilidades de ejercicio. Extendió progresivamente el derecho de voto hasta alcanzar la universalidad del sufragio y reconoció los derechos económicos y sociales. Cambió radicalmente la actitud de los poderes públicos en el punto fundamental de las relaciones Estado-ciudadano: el Estado abstencionista sustituyó al Estado intervencionista y asistencial. El Estado pasó a la gestión directa de un número cada vez más amplio de servicios públicos, se convirtió en propietario y en gestor de empresas frecuentemente en posición monopólica.

Por lo tanto, se verificó una profunda transformación del Estado liberal que sin embargo no comportó la negación de algunos de sus princi-

pios fundamentales y, sobre todo, de sus esenciales fórmulas organizativas que permanecieron inalteradas en gran parte (advenimiento del “Estado social”, *Welfare State* o Estado de bienestar y otras fórmulas similares). Tal transformación abordó en particular dos aspectos: la *ampliación de la base social* del Estado y su repercusión sobre la representación política y sobre el funcionamiento de las instituciones al vértice del Estado; y la *concepción del papel del Estado*, que pasó del abstencionismo al intervencionismo.

En primer lugar, prácticamente entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX se produjo un amplio cambio social que se basó en el ingreso progresivo en la escena política de las clases sociales que hasta ese momento se encontraban marginadas y en el nacimiento de los sindicatos y de los *partidos de masa*. Los partidos no se fundamentaban tan sólo sobre los grupos parlamentarios y sobre los comités electorales sino que se convirtieron, también, en estructuras organizativas permanentes, sobre todo en la experiencia de los partidos que eran expresión del proletariado. Tal transformación del papel de los partidos hizo que se modificara la tradicional concepción de la representación política y, asimismo, limitó el papel de preeminencia que había asumido el Parlamento liberal: en efecto, el Parlamento no era más la única sede institucional de la cual surgían los intereses políticos, ya que la mayor parte de los partidos políticos tendían a convertirse en centro de agregación de los diversos intereses por fuera del Parlamento, llevando posteriormente al seno parlamentario los resultados de su debate interno. En tiempos más recientes el proceso de reducción de la función parlamentaria se acentuará posteriormente, cuando los mismos partidos de masa entrarán en crisis y dejarán espacio a una miríada de asociaciones que representan los intereses sectoriales y colectivos de diversa naturaleza y que intentarán experimentar nuevos métodos de enlace entre la sociedad nacional y las estructuras de vértice del Estado.

Indicar la consolidación de estructuras asociativas de partido como instancias de agregación de los intereses externos de las viejas estructuras parlamentarias, no significa definir como decaída la institución parlamentaria: desde el punto de vista constitucional el Parlamento continúa siendo la única estructura política representativa también en las Constituciones del nuevo siglo, que después del primer conflicto mundial tienen en cuenta las modificaciones radicales realizadas en la estructura social y política. En estas últimas es imposible encontrar el reconocimiento de una

función directa de los partidos, mientras resulta evidente que las fórmulas institucionales escogidas son tales que permiten su presencia en el Parlamento y aseguran una dialéctica entre las mayorías y las minorías en la relación Parlamento-gobierno. Es con la legislación electoral que el papel de los partidos asume toda su relevancia real: el sufragio pasa a ser realmente universal, dejando de lado, progresivamente, tanto los límites patrimoniales como los culturales, y se comienza a reconocer el voto femenino, mientras que el método proporcional de evaluación del voto permite la presencia en el Parlamento de un espectro muy articulado de orientaciones políticas presentes en la sociedad nacional.

El otro aspecto nuevo que caracteriza la transformación del Estado liberal es el paso del abstencionismo dieciochesco a un *intervencionismo progresivo*. Una de las razones de fondo de este radical cambio de dirección consiste en la variación del equilibrio entre las clases sociales: la presencia del proletariado anteriormente subalterno exige al Estado intervenciones en el campo cultural, social y económico para resolver los problemas que no eran advertidos por una burguesía tendencialmente autosuficiente y celosa de su propia autonomía en tales ámbitos. Por lo tanto, al lado de las tradicionales libertades negativas, encaminadas a impedir las injerencias del Estado en las autonomías del individuo, emergen los llamados *derechos sociales*, que suponen el papel activo del Estado en satisfacer la exigencia de pleno desarrollo de la persona y la participación efectiva de los individuos y de los grupos en la formación de las decisiones políticas. Las mismas libertades negativas asumen una nueva configuración en cuanto no se conocen tan sólo como puras y simples garantías de un derecho atribuido al individuo, sino también como un derecho cuya finalidad debe ser la consecución de objetivos sociales, que van más allá de la esfera del interés individual (así la propiedad y la iniciativa económica continúan siendo derechos individuales característicos pero son encuadrados en una finalidad social más amplia).

Otra razón que se reveló determinante fue la profunda transformación de Europa durante los años del primer conflicto mundial. En este periodo la totalidad de las iniciativas económicas fue sometida a una disciplina pública rígida por las exigencias de la guerra: los Estados confiaron a medidas administrativas un régimen de planificación complejo que llevó al ámbito de los gobiernos casi la totalidad de la actuación de los diversos ordenamientos, y al final del conflicto se consolidó la práctica de fuertes intervenciones en la economía, apoyados en la legislación social,

así como el papel cada vez más relevante del aparato administrativo público que dependía de los gobiernos nacionales. Los gobiernos asumían, casi en todas partes, un papel preferencial con respecto a los Parlamentos; en algunos casos el gabinete ministerial emergía como directivo de la mayoría parlamentaria, en otros casos se afirmaban tendencias autoritarias que marginaban al Parlamento transfiriendo al gobierno el eje de los poderes constitucionales.

Para concluir la descripción de la evolución del Estado liberal es necesario recordar algunos cambios ulteriores que se verificaron en los últimos tiempos: la importancia cada vez más perceptible asumida por los técnicos respecto a los políticos y el surgimiento cada vez más desbordante de los intereses sectoriales en conflicto con los intereses generales.

En cuanto concierne al primer fenómeno, se observa que la expansión progresiva de la concentración de capital y el papel de los monopolios privados, así como la importancia de la intervención pública mediante la administración tradicional o con empresas poseídas por el Estado, por un lado, hizo decaer la figura del capitalista dieciochesco y, por el otro, la del administrador público que decide reglas de comportamiento para el privado: el técnico, es decir, el especialista del sector, con frecuencia se convierte en el protagonista tanto de la empresa privada como de la administración pública y se verifica una transformación evidente en la titularidad del poder de influencia sobre los procesos decisionales, así como en el mismo poder de decisión. El poder político no pertenece únicamente a los propietarios de los medios productivos (si se mira desde una perspectiva sociológica) o a las estructuras constitucionales (si el fenómeno es observado desde el punto de vista constitucional), sino que se extiende también a los técnicos, a los administradores de empresas, a los altos mandos militares y a los dirigentes sindicales. En este proceso de cambio se advierten también señales en las modificaciones formales de los ordenamientos (ampliación de la presencia de técnicos en los organismos consultivos; asociación de técnicos en los procesos de negociación de medidas administrativas y legislativas; consultas a los mismos por parte de las comisiones parlamentarias), pero es indudable que en el complejo el cuadro institucional dieciochesco no cambie sustancialmente. De todos modos hay que recordar que en tal situación la preferencia otorgada a la función creciente de los expertos no políticos está contenida en la fórmula definitoria de la *tecnodemocracia*.

Otro fenómeno que se verifica es el surgimiento cada vez más fuerte de instancias dirigidas a tutelar los intereses sectoriales o también los intereses colectivos que no hallan una consideración adecuada por parte de las estructuras estatales destinadas a ello (ministerios, entes públicos) o por parte de los partidos, considerados prácticamente en todas partes como las estructuras asociativas encargadas de transmitir las instancias sociales a las estructuras estatales encargadas de proveer al cuidado de los diversos intereses presentes en la realidad social. Entre estas instancias asumen un papel importante las asociaciones sindicales, que se revelan como protagonistas políticos en las soluciones de importantes cuestiones que exceden los aspectos estrictamente económicos, y en ciertas circunstancias están dispuestas a enfrentar y resolver los problemas mediante acuerdos con las propias contrapartes y con el gobierno, incluso en sustitución de las decisiones parlamentarias. Otros casos relevantes se encuentran en las numerosas iniciativas asociativas que tienden a transferir al voto directo del electorado (por ejemplo, mediante los comités promotores del referéndum) o al gobierno y al Parlamento, sin pasar a través de las mediaciones de los partidos, la solución de los diversos problemas que puedan presentarse (como por ejemplo el movimiento para la tutela de la salud, del ambiente, de los consumidores y otros similares) (el llamado *Estado corporativo*).

Con estas profundas puestas al día, el Estado liberal ha sido capaz de perpetuarse hasta hoy manteniendo la fe, en su conjunto, en los principios institucionales fijados desde finales del siglo XVIII. En muchos ordenamientos ha ido progresivamente cambiando la concepción original del poder político mediante una ampliación real de las garantías ofrecidas a los individuos y a los grupos, y, en general, la introducción de eficaces institutos democráticos. En muchos otros este proceso se verificó de modo parcial y esporádico, o bien no tuvo lugar en absoluto, dándose una fractura evidente entre la letra de los textos constitucionales y la realidad social.

SECCIÓN II

POSICIÓN DEL CIUDADANO EN EL ESTADO

I. IGUALDAD JURÍDICA, LIBERTAD Y DERECHOS
DEL HOMBRE

El régimen de libertades que se desarrolló en el Estado liberal partía de la aceptación de un principio constitucional fundamental: la *igualdad jurídica* de todos los sujetos, igualdad que se afirmó sobre la base de un principio natural consolidado en el pensamiento filosófico anterior a la subversión del Estado absoluto. La Declaración de derechos francesa de 1789 fijó, con precisión, su carácter esencial: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

Por consiguiente, el régimen de las libertades individuales presuponía su reconocimiento en el marco de la igualdad jurídica, y en esto se diferenciaba sensiblemente del régimen de las libertades previstas por los ordenamientos precedentes que presuponían la desigualdad jurídica de los individuos, reconociendo libertades diferenciadas en el ámbito de las corporaciones, de los estamentos, de las ciudades y de los burgos. El régimen feudal de las libertades variaba según una miríada de situaciones colectivas distintas, según el diverso *status* territorial y social, y fue reglamentada por diversas fuentes de acuerdo a los grupos interesados: costumbres, privilegios atribuidos, acuerdos negociados.

En cambio, el régimen liberal de las libertades fue único y general, y concernía al individuo en cuanto miembro de la colectividad nacional (y no a colectividades menores) y fue regulado por una única fuente: la Constitución.

Por tanto, el régimen feudal de las libertades presuponía la desigualdad de los individuos ofreciendo una gama diversificada de garantías, entre otras, a un número reducido de individuos; el liberal, en cambio, presuponía la igualdad y una garantía jurídica general e indiferenciada.

La libertad se definió como la capacidad jurídica del individuo de hacer todo lo que no perjudicase a otro individuo. Tan sólo esta exigencia

de garantizar la libertad ajena podía constituir un *límite* de la libertad individual, entre otras, fijada por la ley (Declaración, artículo 4). No sólo esto. “La ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene” (artículo 5).

En la práctica, la regla consistía en la plena autonomía individual y en la excepcionalidad de los límites que debían encaminarse a garantizar la libertad ajena. El Estado no podía intervenir sino en casos excepcionales para limitar la “soberanía” del individuo, que consistía en una esfera de libertades que comportaba una serie de *derechos*, los cuales se plantean como facultades de acción pertenecientes “naturalmente” al individuo para concretizar la libertad propia y que, en cuanto derechos innatos al hombre, podían ser declarados solamente por el Estado, o según otra interpretación, podían hacerse valer como derechos sólo en cuanto fuesen disciplinados expresamente por el Estado en el propio ordenamiento positivo, convirtiéndose así en auténticos “derechos públicos subjetivos”.

Los derechos individuales a través de los cuales se expresaba la libertad del hombre como ciudadano y no como simple súbdito del Estado fueron regulados primero en las declaraciones, distintas del texto constitucional, y luego poco a poco fueron introducidos en el cuerpo orgánico de las Constituciones. Sucesivamente se expresaron en convenciones internacionales en las cuales los Estados tendieron a darles un reconocimiento uniforme a nivel mundial o regional, reservándose, no obstante, su aplicación en el propio ámbito a la disciplina internacional cuando ésta fuese más favorable que la prevista por las respectivas Constituciones.

La mencionada Declaración francesa de 1789 fue precedida por las numerosas declaraciones de los diversos estados americanos después de la rebelión contra Inglaterra a partir de 1776. Entre éstas se reconoce un valor particular a la Declaración de Virginia de 1776. En la Constitución de los Estados Unidos de 1787 falta una declaración relativa a los derechos como premisa al texto constitucional, y la normativa sobre los derechos se introduce en forma de enmienda a partir de 1791. Después de la Declaración francesa de 1789, mencionada en el preámbulo de la Constitución de 1946 y en el texto de la actual Constitución de 1958, siguieron otras declaraciones: las de 1793 y 1795. La primera contenía una previsión de los derechos sociales muy limitada, la segunda contemplaba los deberes del ciudadano al lado de los derechos. Es natural asemejar la Declaración de 1789 a la técnica de las cartas de los derechos de la época

preliberal y en particular al *Bill of Rights* inglés que consagraba los resultados de la Revolución gloriosa de 1689. Sin embargo, las cartas de los derechos feudales y el mismo *Bill of Rights* contienen, tendencialmente, ratificaciones y garantías de los precedentes derechos consuetudinarios o tradicionales limitados a determinadas clases, mientras la Declaración lleva consigo un diseño racional potencialmente universal que prescinde de particularismos y de ratificaciones de las garantías jurídicas precedentes, y por ende, en este sentido fue profundamente innovadora (sobre el valor jurídico de las declaraciones y para una bibliografía sobre el argumento, *cfr.* primera parte, capítulo tercero, sección III, apartado II).

En los ordenamientos del *Common Law* se entiende por *Bill of Rights* el conjunto de normas relativas a la garantía de los derechos fundamentales. Las normas son introducidas en el texto constitucional (Constituciones de India de 1950, parte III; Irlanda, de 1922, artículos 6 y ss. y de 1937, artículos 40-44) o son agregadas mediante la revisión constitucional (las diez primeras enmiendas de la Constitución de Estados Unidos adoptadas en 1791 y las que se incorporaron posteriormente, para un total de veintisiete; los artículos introducidos en 1982 en la Constitución de Canadá por el *Constitution Act* de 1982, sección 1). En el ordenamiento inglés, que no posee una Constitución escrita, la propuesta de adoptar un *Bill of Rights* en armonía con los ordenamientos precedentes no halla acogida. Ejemplos de constitucionalización formal de los derechos se encuentran en numerosos textos constitucionales (*cfr.*, por ejemplo, Constitución holandesa de 1815 enmendada, artículos 5 y ss., 165 y ss.; Constitución belga de 1831, artículos 4 y ss.; Estatuto albertino de 1848, artículos 24 y ss.; Constitución de Luxemburgo de 1868, artículos 11 y ss.; Constitución de Irlanda de 1937, artículos 40 y ss.; Constitución de Dinamarca de 1953, artículos 67 y ss.; Constitución de la República Federal Alemana de 1949, artículos 1 y ss.; Constitución italiana de 1948, artículos 2 y ss., 13 y ss.). En cuanto a la disciplina internacional, la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, adoptada en 1948 por la Asamblea de Naciones Unidas, contiene una disciplina de los derechos de libertades civiles, políticas, económicas y sociales, que halla especificación en otros numerosos actos, entre los cuales tenemos: el “Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos” y el “Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (1966). En Europa, la “Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales” (CEDH) de 1950

fue elaborada en el ámbito del Consejo Europeo. Dentro de la Comunidad Europea se discutió la oportunidad de elaborar una carta de derechos, o la adhesión a la Convención Europea, mientras que la Corte de Justicia reconoció que los derechos regulados por las Constituciones de los Estados miembros, en cuanto principios generales del derecho, constituyen parte integrante del ordenamiento comunitario. El 12 de abril de 1989, el Parlamento Europeo aprobó la Declaración de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (publicada en la *Gaceta Oficial de la Comunidad* núm. 120 del 16 de mayo de 1989, pp. 51 y ss.), la cual, después de haber aludido en el preámbulo a los instrumentos comunitarios e internacionales vigentes predispuestos como salvaguardia de los derechos del hombre, contiene la lista de las situaciones jurídicamente garantizadas, disciplinando el ámbito de aplicación, los límites y el nivel de protección en la eventualidad de abuso en el ejercicio de los derechos enunciados en la misma Declaración.

El Tratado sobre la Unión Europea del 7 de febrero de 1992, artículo F, previó el respeto de los derechos fundamentales tal como se encuentran garantizados por la Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) y como figuran por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros en cuanto considerados principios generales del derecho comunitario. Existe ya una especie de *integración circular* Estados-organizaciones internacionales y viceversa, con una influencia recíproca que concierne en ocasiones a los diversos ordenamientos. Al principio, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de las cortes internacionales se inspiraron en las Constituciones y en las jurisprudencias estatales; posteriormente, las normativas internacionales y las jurisprudencias de los órganos de justicia internacional ejercieron un influjo en la dirección política constitucional de los Estados. En efecto, se puede considerar que la CEDH recibió un influjo de los principios constitucionales en materia de los derechos presentes en los ordenamientos de los Estados participantes. La misma conclusión podría ser planteada con referencia a los demás instrumentos internacionales que conciernen la tutela de los derechos. En particular merece recordarse el artículo F del Tratado que instituye la Unión Europea. Sin embargo, el derecho internacional basado en los pactos y la jurisprudencia internacional, a su vez, influye en las Constituciones y en la jurisprudencia, incluso constitucional, de los Estados. Así, la Constitución española de 1978, artículo 10, 2, prevé de forma expresa que las normas relativas a los derechos funda-

mentales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y con los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el ordenamiento español. De la misma manera lo dispone la Constitución portuguesa de 1976, artículo 16, 2. Hay que agregar que el proceso de integración progresivo entre los ordenamientos lleva a las cortes constitucionales a realizar una comparación entre normativas internas e internacionales.

La clasificación de los derechos encuentra notables dificultades y varía sensiblemente tanto en el derecho positivo de los diversos Estados como en la doctrina. Sin embargo, existe un amplio acuerdo en distinguir los derechos según la diversa relación de su contenido respecto al poder político estatal.

1. *Derechos civiles y políticos y predominio del concepto de libertad “negativa”*

La exigencia inicial, que se manifiesta en un clima político y cultural de denegación del absolutismo, es la de asegurar la protección del individuo contra interferencias por parte del poder político. De aquí deriva la definición de los derechos puestos en tutela de la libertad de la persona en términos de *obligación jurídica de abstención* por parte del Estado y la afirmación del concepto de libertad “negativa”.

Antes de recordar las diversas figuras a través de las cuales se manifestaba tal forma de libertad, es necesario señalar que el núcleo de los derechos de la persona ha sido considerado siempre como esencial: de esto derivan las calificaciones, a menudo recurrentes, de los derechos como *fundamentales* y como *inviolables*.

La definición de los derechos de libertad como *fundamentales* tiende a evidenciar la esencialidad de los mismos para la persona. Tal calificación se reserva tendencialmente a los derechos incluidos en los catálogos como el *Bill of Rights* de los Estados Unidos, la Declaración de los Derechos francesa y las partes de los textos constitucionales que disciplinan los derechos civiles y políticos del ciudadano. Los derechos fundamentales tienden a coincidir con los derechos que se consideran *innatos*, y este vínculo natural con la persona se demuestra gracias a la circunstancia por la cual el individuo puede gozar también de éstos sin la intervención estatal.

La definición de los derechos como *inviolables* enfatiza el aspecto de su protección. Los derechos no son tan sólo esenciales sino también intangibles y su protección tiene lugar no sólo frente al Ejecutivo y la administración, sino también frente a los Parlamentos: la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (1791) prohibía al Congreso adoptar leyes contrarias a la libertad religiosa, de prensa, de reunión y de petición.

La disciplina positiva de la inviolabilidad de los derechos halla su premisa en las doctrinas *contractualistas* y *iusnaturalistas*, que se desarrollaron diversamente en Europa durante los siglos pasados. La creencia de la anterioridad de los derechos con respecto al poder del Estado, sin embargo, ha conducido a diversos resultados.

En el ordenamiento inglés y en los ordenamientos que derivan de éste prevalece la función primaria del Poder Judicial, encargado de enuclear los derechos interpretando la Constitución consuetudinaria. Los mismos principios de la soberanía del Parlamento y de la división de los poderes se valoran como garantías institucionales de los derechos inviolables. La presencia de Constituciones escritas, como la estadounidense, no elimina la función significativa del juez en individuar en concreto las situaciones de derecho. En el ordenamiento francés revolucionario, la Declaración de 1789 preveía los derechos del hombre pero confiaba a la asamblea la disciplina legislativa de los mismos. Así, la Declaración se convertía en un programa para el legislador y la disciplina legislativa positiva se convertía en el verdadero apoyo de la disciplina efectiva de los derechos. En tal caso el juez era llamado a aplicar únicamente las disposiciones específicas de la ley. Esta dirección desplazaba la importancia hacia el predominio de la concepción *positivista* de los derechos de la persona, circunscribiendo a la normativa diversamente adoptada por los varios ordenamientos el ámbito real de cada uno de los derechos (tal concepción, evidentemente, tendía a reducir el ámbito de los derechos cuando los principios originarios del Estado liberal fueran interpretados en clave autoritaria).

La libertad “negativa”, entendida como *no interferencia o no impedimento*, y por ende, como derecho del individuo a gozar de un espacio reservado e inaccesible a cualquier otro sujeto, público o privado, en el cual se determina de manera autónoma, asumía un valor prioritario con respecto a la idea de libertad “positiva”, que implicaba la capacidad de autorrealización del individuo, y la posibilidad de ejercer el propio poder

de elección y de decisión en el ámbito de las alternativas y de las diversas oportunidades, individuadas y garantizadas por el poder estatal.

El núcleo de los derechos propios del Estado liberal ha sido definido como caracterizado por la pretensión —garantizada por la Constitución— de *excluir intervenciones* del poder estatal consideradas peligrosas para la libertad individual. El Estado debía abstenerse de intervenir con sus propias medidas limitativas en el sector de las libertades denominadas civiles, que comprendían los derechos: a la *libertad personal*, con particular referencia a la seguridad personal y a la libertad de detenciones inmotivadas (*habeas corpus*); la *libertad de movimiento* (la cual comprende la residencia, la circulación, la expatriación); la *libertad familiar* (matrimonio, filiación, donación, testamento, intimidad privada); la *propiedad privada* (incluida la propiedad de empresa, comercio, contrato); la *libertad de pensamiento* y sus diversas manifestaciones (conciencia, culto, enseñanza, prensa); la *libertad de reunión y de asociación*. Sin embargo, el Estado debía *facilitar y garantizar* (llamada libertad positiva) las denominadas libertades *políticas*, que comportan la participación del individuo en la vida de las interrelaciones mediante los derechos del *electorado activo y pasivo*, de *petición*, de participación en *referéndum*, y, posteriormente, de *formación de los partidos*.

La complejidad de la idea liberal de la libertad individual —en la cual conflúan la libertad natural, la libertad negativa, el binomio libertad-propiedad— contribuye a la construcción de un nexo de separación entre la esfera privada y la esfera pública, entre la sociedad civil y el Estado. A la proclamación solemne, contenida en las declaraciones de los derechos y en las cartas constitucionales (flexibles), de los espacios de actividad reservados a los privados, se contraponía la determinación con ley ordinaria del área de la acción pública y de los límites de la libertad, primero entre todos, el límite general del orden público.

Sin embargo, la experiencia liberal no podía descuidar el reconocimiento, junto a las libertades civiles y políticas, de ulteriores derechos, ya previstos en la Declaración francesa de 1793 y en el preámbulo de la Constitución francesa de 1848, para luego generalizarse progresivamente con la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de 1919. Se trata de todas aquellas situaciones jurídicas subjetivas relativas a los intereses económicos, sociales y culturales del individuo, en cuanto necesitado de intervenciones del Estado dirigidas a asistirlo con la posibilidad concreta de satisfacer las múltiples exigencias de la persona, so-

bre todo para suplir las carencias individuales objetivas conexas a situaciones de desigualdad social y económica. Estos derechos, que tienen por objeto, con mayor predominio, las *pretensiones de prestaciones* por parte del Estado en favor de los individuos, son clasificados como “derechos sociales”.

Es claro que las subdistinciones entre las diversas categorías de derechos parecen, a menudo, arbitrarias, en cuanto que, por ejemplo, muchas libertades tradicionales llamadas libertades civiles tienen un significado político fundamental porque son necesarias para la participación del individuo en la vida asociada, y en cuanto que es discutible la distinción del régimen de libertades basándose en la obligación de la abstención o de la intervención del Estado, ya que el Estado se encuentra en condiciones de desplegar siempre una función primaria que sólo varía históricamente en su intensidad. En realidad, el análisis dirigido a la comprensión del régimen de cada derecho no puede efectuarse prescindiendo de un estudio sistemático y unitario que evidencie los condicionamientos realizados por el ordenamiento en la esfera de la libertad individual.

2. *Tutela de los derechos civiles y políticos. Suspensión de los derechos*

Un aspecto relacionado estrechamente con la disciplina de los derechos es el de su *garantía*, porque es evidente que éstos correrían el riesgo de enunciarse sólo de modo formal si no se les protegiese de manera oportuna.

Entre las formas de garantía previstas por el Estado liberal y por sus derivados se tiene, ante todo, la que descende indirectamente de la concepción misma del poder como *poder repartido* entre varios órganos. El reparto permitiría controles recíprocos y por tanto debería evitar los abusos y daños a los titulares de los derechos (*cfr.* Declaración de 1789, artículo 16). Además, las Constituciones liberales establecieron el principio de la reserva de ley para regular los derechos de libertad cuando ésta no fuese exhaustivamente fijada en el texto constitucional: de este modo se sustrajo la materia a eventuales arbitrariedades del gobierno. También establecían, a menudo, el no *sometimiento a revisión* de la normativa en tema de derechos: de este modo se sustraía, a los mismos órganos expresión de la soberanía popular, la posibilidad de adoptar una disciplina peyorativa de los derechos de libertad.

Fueron formas de garantías específicas las jurisdiccionales, que ofrecían la posibilidad de tutela frente a órganos independientes del poder político en caso de violación de las normas sobre derechos. Estas formas de tutela, reconocidas inicialmente frente a la administración pública ligada al gobierno, se han extendido progresivamente también contra los abusos de las representaciones políticas populares mediante la institución de tribunales constitucionales ante los cuales se puede recurrir para invalidar las leyes de los Parlamentos, y a veces también mediante el recurso directo de constitucionalidad (primera parte, capítulo tercero, sección V, apartado IV).

Las normas constitucionales en materia de derechos son susceptibles de privación provisional de su eficacia con la consecuente *suspensión* de las garantías de los derechos fundamentales disciplinados por éstas, en presencia de situaciones de grave emergencia interna o internacional previstas por la misma Constitución o por fuentes legislativas ordinarias, o fundadas, en ausencia de indicaciones textuales, en el principio de necesidad (primera parte, capítulo tercero, sección IV, apartado III).

3. *Derechos sociales y económicos en la evolución del Estado liberal*

Las profundas transformaciones jurídicas e institucionales relacionadas con el paso del Estado de derecho legal dieciochesco al Estado de derecho constitucional de las democracias pluralistas, que no se funda más sobre el principio de superioridad de la ley parlamentaria sino sobre una Constitución rígida y garante, hacían necesaria una nueva formulación de la teoría constitucional de las libertades individuales.

El principio de la libertad natural y abstracta susceptible de concreción jurídica tan sólo por obra del legislador ordinario era sustituido por el principio de la “libertad limitada”, entendida como valor que se coloca al interno de un ordenamiento definido de valores superiores (Constitución) y que vincula a las mismas asambleas parlamentarias. Por lo tanto cambiaba el fundamento de la libertad individual, la cual se convertía en “parámetro universal de legitimidad de los diversos actos de los poderes constituidos (incluido el legislador) y... medida de legalidad de los comportamientos de los sujetos privados en su esfera personal de frucción y de estructuración de los objetivos *chances of life* que el ordenamiento positivo ofrece a éstos”.

El advenimiento del Estado democrático producía, además, la disolución de la separación entre la esfera pública y la esfera privada, así como la transformación del significado del concepto de “personalidad humana” con el consecuente enriquecimiento del contenido estructural del sistema de las libertades. Una vez abandonada la concepción naturalista del hombre, que se sintetiza en el binomio libertad-propiedad, se afirmó la idea de la personalidad como un valor espiritual y ético colocado en la cumbre del sistema constitucional en el cual asumía un papel central el principio de la dignidad humana. La “persona total” era el titular de las libertades constitucionalmente garantizadas, es decir, es el hombre en la entera gama de sus acciones potenciales, tanto en las inherentes a la propia esfera privada como en las que se manifiestan en el campo de las relaciones sociales y políticas.

La existencia de una multiplicidad de manifestaciones de libertad convergentes de modo unitario hacia el valor supremo e inseparable de la personalidad humana y, por ende, no susceptibles de ser colocadas en una escala jerárquica, originaba por primera vez en las democracias pluralistas el problema de definir el nexo entre los valores de libertad en sus varias dimensiones. Entre la libertad negativa y la libertad positiva se individuaba una relación de limitación recíproca: la capacidad de la persona de escoger autónomamente y de disfrutar las oportunidades disponibles objetivamente en una sociedad determinada (libertad-autonomía) presuponia el reconocimiento y la garantía de una esfera personal reservada que no puede ser objeto de controles o condicionamientos externos (libertad-independencia).

La estrecha conexión e interdependencia que caracteriza al articulado sistema de la libertad acaba por volver necesario, a veces por la definición normativa de una determinada situación jurídica subjetiva, el uso —primero por obra del legislador y, luego, en un régimen de Constitución rígida y garante, del juez constitucional— de un procedimiento de equilibrio y ponderación razonable de la pluralidad de los valores involucrados en el caso concreto.

El conflicto que surge, a mediados del siglo XIX, entre las exigencias del mercado libre y la reivindicación de la igualdad sustancial por parte de las clases excluidas de la disponibilidad de bienes económicos, determina una valorización progresiva de las libertades positivas. El Estado democrático y social de derecho, que añade el principio solidario al principio individualista, no elimina el papel del ciudadano como individuo

activo en una economía de mercado competitivo, pero se propone corregir las situaciones de injusticia social, valiéndose de una organización constitucional capaz de enfrentar las diversas exigencias de eficiencia y de eficacia de la intervención pública. En este contexto madura la idea de derecho social, que se puede definir, en un primer momento, como una pretensión avanzada por los sujetos que se encuentran en situaciones de necesidad de recibir prestaciones públicas que se refieren, por ejemplo, a *la instrucción, la seguridad social, el derecho al trabajo, la libertad sindical, el derecho de huelga, la propiedad y la iniciativa económica individual, la tutela de la salud y del ambiente, los servicios culturales*. No obstante la acentuada *analiticidad* de las normativas constitucionales en cuestión, la noción de derecho social continúa siendo incompleta e insatisfactoria, entre otras cosas, por el hecho de que los derechos sociales y los derechos fundamentales de la persona son incluidos, habitualmente, en dos categorías que son distintas o incluso contrapuestas entre ellas.

Con el fin de aclarar los principios que conciernen a la disciplina de los derechos sociales es oportuno realizar algunas reflexiones.

1) La idea de derecho “social” se origina cuando maduran las pretensiones de los sujetos que necesitan ayuda a recibir prestaciones públicas. Por lo tanto, el derecho social tiene a sus espaldas situaciones de necesidad, de disparidad de las posibilidades económicas y de discriminación. Aquí surgen las solicitudes de solidaridad y de intervención pública dirigidas a eliminar una situación de “diversidad” que la voluntad y la iniciativa del individuo interesado no están en condiciones de eliminar.

2) Las prestaciones solicitadas se refieren a la seguridad social y a la tutela de la salud, pero se extienden a la distribución de servicios culturales, a la tutela del ambiente y a la del consumidor.

3) Definir el derecho social como el derecho a obtener prestaciones públicas es insuficiente y a veces errado. En efecto, en el ámbito de los derechos sociales, se introducen derechos contruidos en modo semejante a los derechos de libertad tradicionales. Así, el derecho a elegir una profesión, el derecho de huelga, el derecho de emigración y el derecho de educación de los hijos requieren la decisión del titular del derecho para volverse operativos y comportan la pretensión de abstención de intervenciones ajenas dirigidas a obstaculizarlos.

4) El nexo entre derecho social y derechos fundamentales de la persona es muy estrecho. En efecto, al interior de las figuras jurídicas defini-

das como derechos sociales pueden individuarse como componentes los derechos tradicionales de la persona. Así, al interior del derecho al trabajo, que constituye la base de la participación orgánica del individuo en la actividad empresarial, se halla el derecho a elegir la propia ocupación y el derecho a expresar las propias convicciones ideológicas. Pero también se halla el simple interés en la ocupación plena (habitualmente definido como “derecho”). Sin embargo, a veces ciertos derechos sociales se encuentran carentes de contenido si no son integrados por la individuación de derechos tradicionales.

El derecho al ambiente no se encuentra reconocido en Alemania como derecho individual. En línea de hecho, las posibilidades de tutela de los intereses ambientales se confían recurriendo al derecho a la salud (artículo 2, 2 de la Ley Fundamental) y al derecho de propiedad (artículo 14), en cuanto el perjuicio ambiental puede convertirse en daño a la salud y en pérdida del valor económico (sentencias del Tribunal Constitucional Federal en materia de energía nuclear, ruidos producidos en los aeropuertos, lluvias ácidas). En Italia, el derecho a la salud (artículo 32 de la Constitución) se considera un derecho social. Pero en realidad, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se desprende cómo en el concepto de derecho a la salud se encuentra incluido un auténtico derecho de la persona a la integridad psicofísica, que puede hacerse valer *ex se erga omnes*, y que puede ser tutelado inmediatamente ante de los jueces (valorizando así el derecho a la integridad personal, ex artículo 13 de la Constitución) y un derecho a la obtención de las prestaciones por parte de las estructuras sanitarias condicionado por la realización dada por el legislador al artículo 32. En Portugal el derecho de huelga y el derecho de las libertades sindicales son incluidos entre los derechos, libertades y garantías procesales (civiles y políticos).

5) Bajo el concepto de los derechos sociales se encuentran algunas técnicas de tutela indirecta y futura de intereses individuales, de aquí pueden originarse derechos, pero que por sí mismos no pueden reconocer y garantizar los derechos. En muchas Constituciones se fijan *objetivos del Estado*, objetivos de cuyo cumplimiento puede derivar —aunque no necesariamente— la tutela de una expectativa. Estas disposiciones habitualmente se definen como “programáticas” y necesitan de la intervención del legislador para poderse aplicar: se debe verificar, por ende, la legislación aplicable para poder constatar si al ciudadano se le ha reconocido un derecho.

En primer lugar merecen recordarse las proposiciones que fijan principios generales de acción del Estado. Entre las Constituciones más antiguas, la de Estados Unidos establece en su preámbulo como finalidad la promoción del bienestar general (*general welfare*); la Suiza, en el artículo 2, la promoción del interés común. Entre las Constituciones más recientes, la Constitución española de 1978 señala en su preámbulo como objetivo de la acción estatal, la consecución de un orden económico y social justo; el artículo 1 define al Estado como un “Estado social y democrático de derecho” que consagra como valor superior de su ordenamiento, entre otros, la igualdad; el artículo 9, 2, tomando como modelo el artículo 3 de la Constitución italiana de 1948, fija como finalidad del Estado la promoción de la igualdad sustancial de los ciudadanos con el fin de asegurar su participación en la vida política, económica, cultural y social.

En segundo lugar es menester mencionar las normativas que se refieren a los diversos grupos de *acciones programáticas* en el sector de los derechos sociales.

La inclusión de la *tutela del consumidor* en la Constitución española (artículo 51) prevé que “los poderes públicos garantizarán la tutela de los consumidores y de los usuarios”. Evidentemente, tal principio innovador constituía una ayuda para el consumidor en el ámbito de interpretación de la legislación preexistente, pero no confería por sí mismo un derecho al consumidor sino hasta cuando se introduce la ley de 1984 sobre la protección, que a su vez se reveló, en gran parte, sólo programática. Son numerosas las disposiciones que fijan objetivos al Estado en materia de tutela ambiental (Grecia, artículo 24, 1, modificado por la revisión constitucional de 2001; Holanda, artículo 21; Perú, capítulo II, artículos 66 y ss., Constitución de 1993, reformada por la ley núm. 27365 del 2 de noviembre de 2000; Portugal, artículo 66, 2; España, artículo 45, 2). Asimismo, resultan numerosas las disposiciones que plantean objetivos estatales en el sector de la cultura y de la acción educativa (Italia, artículo 9, 1; Holanda, artículo 22, 3; España, artículo 44, 1; Portugal, artículo 78; Grecia, artículos 16, 1 y 24, 6). En todas estas hipótesis las disposiciones de principio requieren una especificación legislativa. Igualmente sucede para la especificación de la normativa constitucional relativa al trabajo y a la seguridad social. El descanso y la regulación del tiempo libre de los trabajadores están previstos por normas constitucionales pero son regulados de modo analítico por la ley (Luxemburgo, artículo 11, 5; Holanda,

artículo 22, 3; Portugal, artículo 59, 1; España, artículos 40, 2; 43 y 50). El empleo pleno o completo es un objetivo de la política de algunos Estados (Dinamarca, artículo 75, 1; Grecia, artículo 22, 1 modificado por la revisión constitucional de 2001; Holanda, artículo 19, 1; Portugal, artículo 58, 2; España, artículo 40, 1), pero su realización exige una programación adecuada de intervenciones públicas en la economía.

6) Si los derechos sociales exigen la intervención previa de normas ejecutivas de los principios constitucionales, éstos se confían a la discrecionalidad del legislador. Por lo tanto, los derechos sociales son derechos “legislativos”. Ésta, por ejemplo, es la situación que se presenta en el ordenamiento holandés, en donde los constituyentes de 1983 quisieron solicitar al legislador la tarea de disciplinar los derechos sociales. Pero en realidad en muchas Constituciones son reconocidos derechos ejercibles directamente, que no necesitan especificaciones legislativas para su activación. La Constitución portuguesa consagra que los derechos sociales “son aplicables y vinculantes directamente para las entidades públicas y privadas” (artículo 18, 1). Existen, entonces, los derechos sociales “constitucionales” que emanan directamente de la Constitución sin “*interpositio legislatoris*”. Estos son, por ejemplo, el elegir una profesión, la formación de la familia, la procreación y la educación.

7) Los derechos sociales se han acercado progresivamente a los derechos de la persona en cuanto a la intensidad de la tutela. Algunos de éstos se encuentran ya incluidos, al menos en algunos países, entre los derechos fundamentales. En efecto, para algunos derechos sociales cuenta la idoneidad natural del individuo para hacer uso del derecho y para exigir que no interfieran otros ajenos. Para efectos de lo anterior se observa el derecho de huelga o, bien, el derecho a disfrutar de un ambiente sano.

Parece pues que el concepto de derecho fundamental está asociado a la *intensidad* y a la *relevancia del valor* socialmente atribuido en un momento histórico a una expectativa de tutela por parte de la Constitución. Por lo cual puede definirse también como fundamental un derecho que comporte prestaciones públicas. Por consiguiente, por ejemplo, el ciudadano puede percibir como fundamental el derecho a las prestaciones sanitarias con las cuales está relacionada su supervivencia y el ordenamiento puede ratificar tal expectativa. Por lo tanto, el debate sobre la exclusión de los derechos sociales del grupo de los derechos fundamentales es sólo nominalista. En efecto, corresponde a cada ordenamiento decidir

cuáles derechos garantizar y mediante cuáles medidas garantizarlos y protegerlos.

Respecto al ordenamiento italiano se puede mencionar la orientación de la Corte Constitucional que ha extendido progresivamente la noción de derecho fundamental a numerosos derechos sociales (instrucción, salud, asistencia y previsión, remuneración y descanso, vivienda...). Por lo tanto, la naturaleza del derecho fundamental y la inviolabilidad de un derecho no se limita al concepto de garantía “negativa” con respecto a las ofensas de la esfera de libertad del ciudadano: la inviolabilidad no es tan sólo una garantía de protección contra las interferencias exteriores (del Estado o de terceros). La inviolabilidad comprende, también, la intención del ciudadano de obtener la satisfacción de sus necesidades elementales por parte del Estado (prestaciones de previsión, vivienda). A causa del variado clima político-social, por el contrario, la Corte no considera inviolables los derechos económicos relacionados con la propiedad y la empresa (artículos 41 y 42 de la Constitución): éstos pueden ser limitados con garantías particulares cuando confluyen con el deber de solidaridad (artículo 2) y con el objetivo de remoción de las discriminaciones sociales sustanciales (artículo 3).

4. Tutela de los derechos económicos-sociales

Todos los ordenamientos regulan los medios para obtener el respeto de los derechos económicos y sociales, cuya primera garantía se manifiesta por la madurez de la conciencia civil de un país, que a menudo hace superfluos los mecanismos legales, aunque es evidente que la mayor parte de los derechos de prestación se encuentran, en vías de hecho, condicionados por la disponibilidad de recursos financieros y, por tanto, adquieren importancia las presiones en el ámbito político para hacer efectivos los derechos que necesitan de una especificación y de una integración legislativa. En caso de que el órgano legislativo se abstenga de ejecutar las normas constitucionales en materia de derechos económicos y sociales, la Constitución portuguesa (artículo 283) contempla la inconstitucionalidad por omisión, mientras en Italia, el juez constitucional ha permitido, mediante una interpretación extensiva, la tutela de aquellas situaciones en las que el legislador no intervenía explícitamente (sentencias aditivas), considerando así dicha conducta omisiva como un trato discriminatorio para algunas categorías de sujetos.

A grandes rasgos, la tutela de los derechos sociales se realiza a través del acceso a la justicia (jueces civiles y administrativos) y surge la importancia del principio por el cual la carencia de los medios económicos para el recurrente no impide que la acción sea entablada (véase Constitución española, artículo 119; Constitución italiana, artículo 24, 3; Constitución portuguesa, artículo 20, 1).

Entre los demás instrumentos de protección jurisdiccional merecen ser mencionados: el recurso dirigido a las Cortes dotadas de atribuciones de tutela por la Constitución en los ordenamientos españoles y latinoamericanos (recurso de *amparo*); el recurso que pueden promover los grupos y las asociaciones para la tutela, por ejemplo, de los derechos a la salud y a un ambiente sano, como en la experiencia italiana y holandesa; el recurso de *mandado de segurança* concedido a las asociaciones sindicales para la protección por parte del juez de los intereses colectivos y difusos (Constitución del Brasil de 1988, artículo 5, párrafo LXX). Aparte de los instrumentos jurisdiccionales de garantía resulta interesante como remedio el uso del *ombudsman*: se trata, por lo general, de un órgano parlamentario dotado de competencias de inspección política sobre la administración, pero también de tutela de los administrados, y su uso se ha revelado útil, por ejemplo en Italia en el sector de la tutela ambiental y de la salud a nivel regional, así como en Suecia para la protección de los intereses del consumidor.

Una vez indicadas de manera sumaria algunas líneas de tendencia en materia de tutela de los derechos sociales no se puede dejar de mencionar cómo, teniendo en cuenta la opinión tanto mencionada sobre la naturaleza tan sólo programática de los mismos, asume una importancia específica el aspecto de la *efectividad de la tutela*. Sobre lo anterior es oportuno indicar algunos ejemplos de las inclinaciones de la justicia constitucional.

- a) A partir de la famosa decisión del 16 de julio de 1971, en la que el *Conseil Constitutionnel* francés afirmó su competencia para controlar la conformidad de las leyes con respecto al texto constitucional en su complejo, comprendiendo el preámbulo de la Constitución de 1958 que hace referencia a la Declaración de los Derechos de 1789 y al preámbulo de la Constitución de 1946, el Consejo adoptó importantes sentencias en materia de derechos económicos y sociales. Entre éstas se citan las decisiones en materia de *derecho*

de propiedad, tutelado por la Declaración de 1789, artículo 16 (decisiones del 16 de enero de 1982 y del 25 y 26 de junio de 1986); *derecho a la salud* (decisión del 15 de enero de 1975); *determinación colectiva de las condiciones de trabajo* (decisión del 5 y 20 de julio de 1977, 18 de enero de 1978 y 10 de noviembre de 1982); *derecho de huelga* (decisión del 25 de julio de 1979, 22 de julio de 1980, 22 de octubre de 1982 y 28 de julio de 1987); *derecho al trabajo* (decisión del 28 de mayo de 1983), todos estos tutelados, en particular, por el preámbulo de la Constitución de 1946.

- b) La jurisprudencia de los tribunales ordinarios y del tribunal constitucional español en materia de *amparo* (artículo 53, 2 de la Constitución) ha sido particularmente significativa con respecto a los *derechos de no discriminación, huelga, libertades sindicales y educación*. Igualmente hay que mencionar la incidencia del control previo y sucesivo de constitucionalidad por obra del Tribunal Constitucional. Utilizando el control previo a la entrada en vigor de la ley (suprimido en 1985) el Tribunal examinó la ley de *nacionalización* del grupo Rumasa, que pone en discusión el derecho de propiedad (sentencia núm. 121 de 1983).
- c) La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana ha reconocido de manera amplia la naturaleza “fundamental” e “inviolable” de los derechos sociales y estima que la inviolabilidad no ofrece una simple configuración “negativa” de un derecho (en cuanto el ordenamiento prohíbe las interferencias por parte del Estado o de terceros), pero se refiere también a los casos en que la Constitución prevé un deber de conducta “positiva” del Estado, el cual debe proporcionar una organización idónea que permita el goce del derecho, como sucede en el caso de las prestaciones de seguridad social y en el de la vivienda.

La Corte Constitucional ha tenido una función determinante en adecuar a las exigencias actuales el derecho a la salud que la Constitución define como fundamental (artículo 32). La jurisprudencia de ésta (sentencias núms. 247 de 1974, 88 de 1979 y 142 de 1982), junto con la jurisprudencia de la Corte de Casación (sentencias núms. 1463 y 5172 de 1979) lo han hecho transformar de un derecho social genérico a un derecho a la integridad psicofísica absoluto, que puede ser invocado inmediatamente ante la administración

y ante el juez e indemnizable por daño biológico (Corte de Casación, sentencia núm. 3675 de 1981; Corte Constitucional, sentencias núms. 87 y 88 de 1979 y 485 de 1991). En fin, para precisar con mayor claridad, la Corte Constitucional ha distinguido en el ámbito del derecho constitucional a la salud el aspecto del derecho absoluto de la persona, mencionado anteriormente, a la integridad física, del derecho a obtener las prestaciones del Estado, condicionado por la legislación que está destinada a organizar los servicios sanitarios (sentencia núm. 455 de 1990).

También ha sido muy importante la jurisprudencia constitucional sobre *el derecho al ambiente*, que no era previsto por la Constitución de manera explícita, y por ende se dedujo de la interpretación sistemática de las normas sobre la protección de la salud (artículo 32) y del paisaje (artículo 9) (sentencias núms. 210 de 1987 y 641 de 1987, así como la sentencia de la Corte de Casación 5172 de 1979).

5. Tutela de los grupos minoritarios

En el Estado democrático y pluralista de derivación liberal, la titularidad de las situaciones subjetivas puede reconocerse no sólo a los sujetos individualmente considerados, sino también a los mismos en calidad de miembros de las formaciones sociales minoritarias. El concepto de *minoría* se refiere a un grupo social, es decir, a un sujeto colectivo, caracterizado por sus propios elementos que lo identifican, de naturaleza histórica, cultural y lingüística, y que lo diferencian de la mayoría de la población. Tal grupo tiene un vínculo con su propio territorio de asentamiento histórico (*autoctonía*) que lo diferencia de la comunidad formada por extranjeros inmigrados. Cuando éste se expresa a través de las propias instituciones representativas, se dota de autonomía (aunque la aspiración a la autodeterminación puede ser la premisa de una soberanía futura).

En materia de protección de las minorías y como garantía del ejercicio de los derechos colectivos por parte de sus miembros, según lo dispuesto por normativas nacionales específicas, se añade el artículo 27 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual dispone que los que pertenecen a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no pueden ser privadas “del derecho de tener, en común con los otros miembros de su grupo, su propia vida cultural, practicar o pro-

fesar la propia religión y de emplear su propio idioma”. De manera más reciente, la Declaración sobre los Derechos de las Personas que Pertenecen a las Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, aprobada en diciembre de 1992 por la Asamblea General de Naciones Unidas, confirmó el planteamiento del artículo 27 ya citado, reconociendo a los miembros de las minorías la posibilidad de ejercer sus derechos de manera individual así como en comunidad con los otros miembros de su propio grupo, sin discriminación alguna (artículo 3, 1). En el ámbito de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) existen numerosos documentos que tratan el tema de las situaciones minoritarias, al desarrollar el VII Principio del Acto Final de Helsinki de 1975 hasta que fue instituido el cargo de Alto Comisario de las Minorías Nacionales en 1992. En el ámbito del Consejo Europeo, fuera del principio de no discriminación, al tenor del artículo 14 de la CEDH de 1950, existen las resoluciones de 1981, 1983 y 1987, preludeo de la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias de 1992, que conforman un documento abierto a la adhesión de los Estados miembros y que prevé tanto la modalidad de protección como la de promoción de la lengua mediante mecanismos de tutela negativos (prohibición de perjuicio) y positivos (intervenciones de apoyo) por parte de los Estados. Además, la Convención-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, abierta desde el 1o. de febrero de 1995 a la firma de los Estados aunque no sean miembros del Consejo Europeo, presenta a las partes contrayentes una serie de indicaciones programáticas encaminadas a proteger la identidad (étnica, cultural, lingüística, religiosa) de las personas que pertenecen al grupo minoritario (preámbulo), a cuyos componentes se les reconoce, individualmente o en común con los demás miembros del grupo (artículo 3, 2), la facultad de ejercer los derechos contemplados en el texto de la Convención.

Las normativas internacionales mencionadas anteriormente de modo sintético, tienden en realidad a asegurar los derechos de protección elementales a los sujetos que hacen parte de las minorías, y no a las minorías mismas en cuanto entidades colectivas, aunque no se puede olvidar que los derechos que se refieren a tales sujetos tienen sentido tan sólo si se pueden ejercer en común con los demás miembros del grupo minoritario. Sin embargo, la efectividad de la tutela minoritaria no puede depender exclusivamente del contenido de las declaraciones de los organismos internacionales autorizados o de las convenciones-marco y de otros do-

cumentos de las organizaciones internacionales regionales de naturaleza esencialmente programática. Si a las declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas se les debe reconocer un valor exhortativo o interpretativo predominante frente a las normativas internacionales preexistentes, a los instrumentos del segundo tipo no es extraño que se les reconozca un cierto grado de obligatoriedad para los Estados firmantes, a los cuales de todos modos quedan amplias facultades de apreciación para poder nivelar las medidas positivas, abstractamente configuradas en los ámbitos supranacionales, a las peculiaridades de cada una de las experiencias estatales.

La decisión de proteger o no a las minorías nacionales y, en caso positivo, de identificar el modelo más adecuado se confía, en definitiva, a la sensibilidad y a la madurez civil, cultural y política de los diversos ordenamientos soberanos, que, a través de las normativas constitucionales y legislativas respectivas, o bien, obligándose recíprocamente a través de tratados bilaterales o multilaterales, pueden decidir implementar mecanismos oportunos de apoyo positivo tanto a las formaciones minoritarias comprendidas en el territorio nacional como a las minorías autóctonas eventualmente fragmentadas entre los diversos Estados soberanos confiantes. Además, entre los diversos modelos de tutela, el legislador nacional puede escoger los regímenes diferenciados para las minorías que se encuentran presentes dentro del territorio nacional: así por ejemplo, en Italia mientras las minorías lingüísticas reconocidas gozan de un tratamiento privilegiado de protección con base en la normativa de los estatutos especiales, los restantes y numerosos grupos minoritarios esparcidos sobre el territorio nacional aún esperan que se aplique el artículo 6 de la Constitución; y análogamente, el doble nivel de tutela se consagra de manera expresa en la Constitución española, la cual, luego de proclamar la co-oficialización del castellano a las lenguas minoritarias en las respectivas comunidades autónomas de conformidad con sus estatutos, dispone que las demás expresiones lingüísticas de España constituyen un patrimonio cultural objeto de protección especial (artículo 3, 2 y 3). En Italia, a la tutela ofrecida a las minorías lingüísticas por los estatutos especiales se adjuntó la contenida en la ley núm. 482 de 1999 (normas en materia de tutela de las minorías lingüísticas históricas), con la cual se dio actuación al artículo 6 constitucional. La nueva disciplina prevé (artículo 2, 1) que “la República tutela la lengua y la cultura de los pueblos

albaneses, catalanes, alemanes, griegos, eslovenos y croatas y de los que hablen francés, franco-provenzal, friulano, romance, occitano y sardo”.

También con el fin de atenuar o resolver las tensiones sociales, los ordenamientos de la democracia pluralista desde hace tiempo han aunado al principio de igualdad formal y de no discriminación con base en el factor étnico o lingüístico, la definición de mecanismos más o menos perfeccionados de tutela minoritaria (en el ámbito de las democracias occidentales, *cfr.* los ordenamientos de Canadá, Suiza, Bélgica, España e Italia): del reconocimiento del derecho al uso de la lengua minoritaria en las relaciones interpersonales, en las relaciones con la autoridad pública local, en el sector educativo, cultural y de los servicios públicos, a la individualización de las formas de autonomía política-territorial en las áreas de mayor concentración de los grupos minoritarios, a las modificaciones del aparato organizativo local, a la representación política en los órganos locales y nacionales, a la constitución de las llamadas “euro-regiones” para no dispersar el patrimonio étnico, lingüístico y cultural común de las minorías subdivididas entre varios Estados colindantes, a la equiparación formal de las lenguas minoritarias a la lengua oficial nacional. La tutela de las minorías tiene lugar de acuerdo con los criterios predominantes de la *territorialidad*, en cuanto la minoría está protegida sobre un territorio determinado, por lo cual los que pertenecen a la minoría no son diferenciados de la generalidad de los ciudadanos al margen del propio territorio de asentamiento. Así, a título de ejemplo, el derecho a la enseñanza del propio idioma puede hacerse valer en las escuelas organizadas en el área territorial de asentamiento, mientras que no es dable que pueda ser ejercido sobre todo el territorio nacional (véase, artículo 4 de la ley núm. 482 de 1999). En ciertos casos rige también el principio de la *personalidad* de la tutela (por ejemplo, los ciudadanos de idioma alemán de la provincia de Bolzano tienen el derecho de usar su propio idioma ante los tribunales en cualquier parte del territorio italiano).

La tutela del grupo minoritario pasa sobre todo a través de la tutela de su especificidad lingüística, y al respecto las normativas nacionales oscilan entre el reconocimiento del *bilingüismo* y del *separatismo lingüístico*. El bilingüismo comporta una equivalencia entre el uso del idioma nacional oficial y del minoritario en las relaciones con las autoridades administrativas y jurisdiccionales (por ejemplo, en Italia, artículos 9 y 10 de la ley núm. 482 de 1999 para lo que se refiere a la minoría francófona del Valle de Aosta; en España, en las comunidades autónomas de Catalu-

ña, en el País Vasco, Galicia, Valencia, Islas Baleares; en Suiza, limitado a los cantones de Grigioni, Friburgo, Berna y Vallese; en Bélgica, en la región de Bruselas-Capital; en las provincias canadienses de Québec y en New Brunswick). El separatismo implica para quien pertenece al grupo minoritario el derecho al uso exclusivo de la propia lengua con la intención de obtener una respuesta de la autoridad pública en la misma lengua, y el sistema de instrucción separado (por ejemplo, en Italia para el grupo alemán en Alto-Adigio y para el grupo esloveno en las provincias de Trieste y Gorizia, pero sin llegar, en este último caso, a la equiparación jurídica del esloveno al italiano; en Bélgica en las comunidades flamenca, francesa y germanófona; en Suiza, que reconoce los idiomas alemán, francés, italiano y romance como lenguas nacionales, pero de las cuales sólo las tres primeras constituyen también lenguas oficiales de la Confederación; en Canadá, a excepción de la provincias ya indicadas).

6. *Tutela del extranjero*

Las previsiones constitucionales en materia de derechos, por lo general, se orientan a la tutela del ciudadano. Sin embargo, también el extranjero es puesto en relieve como sujeto digno de tutela y tal tendencia parece destinada a acentuarse a causa de la difusión cada vez más evidente del fenómeno de los cambios migratorios de los pueblos.

Las Constituciones, por lo general, no se ocupan de la figura del extranjero de manera directa, optando así por una tutela sólo indirecta, en la cual se garantizan ciertas libertades *a todos* o por lo menos al individuo en cuanto tal (lo mismo vale, generalmente, para las libertades irremovibles tradicionalmente, como la personal, y para la tutela de la integridad física). Existen algunos textos constitucionales que se ocupan directamente de la figura del extranjero, especificando, sin algún límite, la gama de las libertades reconocidas al mismo o, de todos modos, las situaciones jurídicas subjetivas donde éste resulta equiparado al ciudadano.

Los actos internacionales ratificados por los Estados, que intervienen en el sector de los derechos de los extranjeros, presentan una gran importancia. Merecen señalarse: la Convención núm. 143 promovida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del 24 de junio de 1975, sobre las migraciones abusivas y sobre la promoción de las mismas oportunidades y trato de los trabajadores emigrantes; la Declaración Común

contra el Racismo y la Xenofobia de 1986, mediante la cual el Parlamento Europeo exige a sus Estados miembros la eliminación de todos los obstáculos administrativos que existan aún, con el fin de que todos los extranjeros puedan participar con las mismas oportunidades en la vida política, cultural y social en el ámbito de una sociedad pluricultural; igualmente, bajo el aspecto de la participación política del extranjero residente en un determinado Estado europeo, la Convención firmada en 1993 en el ámbito del Consejo Europeo, la cual contiene una serie de derechos de participación política (instancias, peticiones, propuestas, derechos del electorado, etcétera) que pueden ser ejercidos por el extranjero residente a nivel de las autonomías territoriales.

De esta breve enunciación de actos internacionales se puede concluir que el *status* jurídico del extranjero resulta condicionado, entre otras cosas, por la necesidad de conciliar la identidad cultural (y las exigencias conexas a ésta) de las poblaciones inmigrantes y la cultura de la población autóctona, que con frecuencia son incompatibles entre ellas. De todos modos, indudablemente, la normativa internacional que progresivamente ha sido adoptada facilita la promoción de reglas que tienen en cuenta la necesidad de hallar un punto de convergencia sobre los valores comunes en los ordenamientos basados sobre tradiciones culturales diversas.

La legislación de los países que han aceptado los actos internacionales mencionados contienen disposiciones específicas relativas al *ingreso* en su territorio del extranjero (especificando las razones que lo justifican: trabajo, cuidado, estudio, negocios) y a su alejamiento (expulsión por diversos motivos). Algunos Estados europeos han promovido una intervención común para regular el ingreso de los extranjeros. Con este objetivo se firmó, inicialmente, el Tratado de Schengen, ratificado por Italia mediante la ley núm. 388 del 30 de septiembre de 1993, el cual prevé la entrada en vigor de una visa o visado “uniforme”, válido a fines de la circulación sobre todo el territorio de las partes contrayentes del Tratado. Posteriormente, con el Tratado de Ámsterdam, presentado a los Estados para su ratificación el 19 de junio de 1997, la Unión Europea decide adoptar una política común en materia de visas, asilo y de inmigración.

Una cuestión aparte es la del *refugio político*, donde las regulaciones producidas por la mayor parte de los Estados europeos pueden ser distintas según que se trate de países adherentes a la Convención de Ginebra,

que aplican exclusivamente las prescripciones que derivan de tal acto internacional —y que, por lo tanto, autorizan la permanencia en el territorio sólo a quien se encuentre en condiciones de demostrar que ha sido objeto de una *persecución personal* por motivos de sexo, raza, opiniones políticas—, y países cuyos ordenamientos también prevén la posibilidad de conceder el asilo en el respectivo territorio a quien tenga la capacidad de demostrar la procedencia de un país en el cual se hayan negado, simplemente, las libertades constitucionales más elementales y, por ende, prescindiendo del hecho que el solicitante haya sido objeto o no de una persecución personal.

En cuanto a las políticas concernientes a la integración, tendencialmente tienen lugar tres modelos diversos de referencia. Junto a un sistema que privilegia fuertemente la integración por asimilación de las poblaciones inmigrantes (modelo francés fundado sobre un auténtico “afrancesamiento” de las comunidades étnicas presentes sobre el territorio) se puede encontrar un modelo que privilegia un acercamiento multicultural —Gran Bretaña, Países Bajos, Suecia, Dinamarca— fundado en el respeto y en la valorización de las “diversidades” de los demás. En una posición intermedia respecto a los esquemas anteriormente mencionados se puede examinar el *modelo* escogido por el legislador alemán, cuya legislación, esencialmente dirigida a favorecer una inmigración de tipo “temporal”, o bien funcionalizada a las exigencias económicas contingentes, no toma en consideración la cuestión relativa a la integración de las poblaciones inmigrantes con la finalidad de constreñir a las mismas a regresar a los respectivos países de procedencia. No existe duda alguna de que un papel de fundamental importancia a los fines de la formación de un derecho “multicultural” debe reconocerse a la jurisprudencia interna de cada uno de los ordenamientos.

II. EL ESTADO DE DERECHO

Se definió al Estado liberal como “Estado de derecho” en cuanto preveía una serie de *límites* jurídicos institucionalizados, y por tanto rígidos, del poder. Estos límites fueron fijados, en particular, para tutela de los gobernados, imponiéndose tanto a los órganos de dirección política como a los administrativos y jurisdiccionales.

La predeterminación de límites jurídicos tiende a *despersonalizar* el poder de los gobernantes: éstos saben, en el momento mismo que asu-

men sus funciones, que existen reglas predeterminadas a las que deben atenerse y que no pueden modificarse salvo con arduos procedimientos y con la intervención de otros órganos (revisiones constitucionales, nuevas leyes). Su intervención se mueve siempre dentro del cuadro institucional preexistente.

El Estado de derecho tiende a eliminar los riesgos conexos a la indeterminación de los límites del poder. Las decisiones de los titulares de los órganos públicos no pueden dejarse a su absoluta discreción, sino que deben basarse en *reglas abstractas y generales predeterminadas*: si es posible, un acto formal fija no sólo las normas organizativas y de procedimiento de los órganos, además predetermina los contenidos de las decisiones (por ejemplo, obligación del jefe de Estado de convocar al Parlamento en ciertas circunstancias definidas de antemano). Si no es posible, se fijan criterios y parámetros por lo general previos a la decisión. La denominada *discrecionalidad* (política, administrativa, judicial), en cuanto poder encaminado a la consecución de fines típicos de toda función, jamás debería identificarse con la arbitrariedad, es decir, con actos de poder ilimitados, estando siempre condicionado de alguna manera por normas precedentes (principio de legalidad). Sólo en casos excepcionales (estado de necesidad) puede derogarse el principio de legalidad, y esto sucede cuando las exigencias de salvaguardia de la Constitución imponen la derogación de las garantías previstas como regla.

Históricamente, la tendencia a poner límites institucionales al poder político es muy antigua. Los antecedentes más próximos se encuentran en la doctrina del derecho natural de Grocio a Kant y en la de la separación de poderes propia del constitucionalismo liberal de Locke a Montesquieu.

Igualmente, la doctrina del Estado de derecho es próxima a la del “garantismo” sostenida en Francia por B. Constant en su *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1820). Constant sostuvo el aspecto prioritario de la tutela de los derechos individuales fundamentales (libertad personal, de prensa, religiosa, de propiedad) y afirmó que la organización estatal debería apuntar a la tutela de tales libertades ante el poder político estableciendo una serie de límites legales a la soberanía real y popular.

El principio constitucional inglés del *Rule of Law* (gobierno del derecho), a menudo se ha asimilado a la doctrina del Estado de derecho. Tal principio, común a los ordenamientos de origen británico, es histórica y esencialmente diferente. Ahora bien, a diferencia de esta doctrina que es

fruto del pensamiento político antes que conjunto de principios asumidos como fundamentales por el Estado liberal “constitucional” del siglo XIX, el *Rule of Law*, descubierto de nuevo por los doctrinarios del liberalismo político y jurídico, fue desde hace tiempo un *principio consuetudinario constitucional* plenamente vigente, definido como tal por lo menos en el siglo XVII.

Con esta fórmula se entendía el principio de igual garantía del individuo ante la ley y la tutela frente a cualquier forma de arbitrio gubernativo que pudiese lesionar derechos tradicionalmente consolidados. Para comprender la importancia de tal concepto conviene recordar que en la tradición inglesa no se realizó una identificación completa entre Estado y derecho. En ésta, las instituciones gubernamentales se insertaban en un complejo sistema jurídico formado por principios que se pensaba deberían ser superiores a la discrecionalidad política del gobierno y que, por tanto, éste debería respetar siempre. Los jueces, en cuanto depositarios del derecho y tradicionalmente independientes, garantizaban su aplicación primero ante el rey y luego ante el Parlamento cuando en el siglo XVIII afirmó su predominio. Por consiguiente, el ciudadano podía pretender el respeto de ciertos principios jurídicos ante los tribunales, encontrándose en tal sede en posición *paritaria* respecto a las instituciones gubernamentales.

En su elaboración inicial la doctrina del Estado de derecho estaba lejos de intentar ofrecer una garantía para las libertades fundamentales en el sentido indicado por Constant. La preocupación de fondo fue aquella, prevalentemente formal, de la concesión de garantías jurídicas relacionadas con el respeto de la ley del Estado.

El Estado se consideraba como la única entidad soberana: rey y pueblo estaban subordinados a tal entidad jurídica, enucleada mediante un proceso de abstracción; los ciudadanos no podían reivindicar los derechos contra el Estado soberano, pues él mismo se los había reconocido, pero podían pretender la garantía de los derechos por parte de los órganos estatales. Una vez constituido el ordenamiento del Estado, éste era “de derecho” en un doble significado: en cuanto que el mismo Estado y sus órganos actuaban en el cuadro del derecho preconstituido y en cuanto que el Estado garantizaba las situaciones jurídicas subjetivas conforme a su ordenamiento. A consecuencia de lo anterior, la rápida e indiscutible difusión de la fórmula en toda Europa continental logró que coincidiese el concepto de “Estado de derecho” con los aspectos que califican las ga-

rantías jurídicas reconocidas a las libertades individuales del constitucionalismo liberal. En esta extensiva acepción se consolidaba y articulaba una serie de postulados irrenunciables que terminaban, a menudo, por considerarse como criterios de individuación de una forma de Estado bien precisa.

Éstos son los siguientes: *a)* supremacía de la ley parlamentaria en cuanto expresión, mediante el principio representativo, de la soberanía popular. El término ley, si bien definido de modo formalista (ley = acto del Parlamento) se entendió en sentido amplio, y por ende, comprendía la ley-base del Estado, su Constitución; *b)* un sistema jerárquico de normas jurídicas ordenadas de acuerdo a diversos grados, con capacidad diferenciada de intervención en las relaciones sociales; *c)* separación de poderes públicos (estructuras organizativas) dotados de esferas de competencia propias, como garantía de la libertad; *d)* reconocimiento expreso y sistema de garantías de la libertad previstas por la Constitución, y *e)* principio de legalidad (correspondencia con la Constitución y con las leyes) de la acción de la administración y sistemas de recursos contra la acción administrativa de carácter ilegítimo. En ciertos casos, garantías frente a las posibles arbitrariedades del Legislativo mediante el control de constitucionalidad de las leyes.

Críticas y transformaciones del concepto originario

La doctrina del “Estado de derecho” fue elaborada sistemáticamente por el constitucionalismo liberal desde una perspectiva histórica bien precisa: la lucha por la limitación de poderes de la monarquía. En este periodo la burguesía europea, fuerza política emergente, apareció como una entidad políticamente homogénea que pretendía una serie orgánica de garantías frente al aparato estatal asociado a la institución monárquica.

La situación cambió considerablemente a partir de finales del siglo XIX, cuando en algunos países europeos (Francia y Alemania), junto a los partidos de la burguesía, aparecieron los correspondientes al proletariado. Se transfirió a los Parlamentos el antagonismo entre las clases presentes en la sociedad civil y se llegó a un punto muerto en el que los dos grupos de partido se enfrentaban sin que ninguno de ellos prevaleciera. En este cuadro cambió radicalmente la idea misma del Estado de derecho: este complejo de garantías no se consideraba más para defender a la burguesía frente al aparato burocrático de las viejas monarquías, sino que

terminaba por constituir un conjunto de costumbres institucionalizadas que garantizaron el equilibrio entre las clases. La idea del Estado de derecho en Constituciones como la de Weimar, llegaba a ser “la línea de confin entre dos grupos en lucha lejanos de vislumbrar en ésta la ley definitiva de la distribución interna del poder”. Por tanto, las instituciones estatales son “neutralizadas”: el Estado ya no es el viejo Estado de derecho, sino simplemente un “mecanismo jurídico” puesto como garantía del difícil equilibrio entre las clases contrapuestas. No sólo esto. Porque a menudo en este tipo de ordenamientos la invocación al Estado de derecho procedía de las fuerzas conservadoras, con el fin de ofrecer, con el pretexto de reclamar el respeto de las fórmulas jurídicas, una interpretación limitativa de las cláusulas progresistas de las Constituciones nacidas del compromiso entre los partidos de la burguesía y los partidos del proletariado. El intento por conciliar el principio liberal del Estado de derecho con las exigencias colectivas maduras más recientemente, condujo a la elaboración de la noción sucesiva de “Estado social de derecho”. Según esta doctrina, mientras el Estado de derecho se basaba en el individualismo político y económico y concebía una función limitada del Estado para no perjudicar la libertad de mercado, el Estado social de derecho modifica los aspectos individualistas mediante una orientación intervencionista que implica el recurso a la programación económica e introduce la tutela de los intereses individuales en el cuadro de la de los intereses colectivos; la Constitución alemana de 1949 (artículo 20) y la italiana de 1948 (artículos 2 y 3) constituyen ejemplos textuales de esta mediación entre lo individual y lo social si bien manteniendo los institutos garantistas.

También esta última doctrina mencionada ha suscitado críticas que derivan de la desconfianza en un tipo de ordenamiento que pretende asegurar la justicia social y la efectividad del principio de igualdad en el cuadro de instituciones si bien siempre ligadas al viejo Estado liberal y en una economía sustancialmente capitalista. Según esta orientación, tan sólo las realizaciones de una economía socialista y de instituciones políticas que permitan una participación real de todos los ciudadanos en la gestión del poder podría garantizar el “Estado democrático de derecho”.

SECCIÓN III

GOBIERNO DIRECTO E INDIRECTO

I. SOBERANÍA Y REPRESENTACIÓN.

PRINCIPIO REPRESENTATIVO Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

El Estado liberal afirmaba la titularidad del poder en favor del conjunto de los individuos unidos en la comunidad nacional: la soberanía residía, por tanto, en la *nación*, entidad jurídica unitaria que se consideraba comprendía al conjunto de los ciudadanos (Declaración de los Derechos de 1789, artículo 3). Sin embargo, no se juzgó a la nación capaz de ejercer directamente el poder, pues se confió en concreto a sus órganos representativos. La *representación política* se manifestó esencialmente mediante la elección de una asamblea cuyos ciudadanos, componentes de la nación, concurrían al verificarse determinados plazos, agotando su función activa en el momento del acto electoral.

El colegio de los representantes estaba formado por individuos que asumían una responsabilidad autónoma de acción, desvinculados del cuerpo electoral mediante el principio de la prohibición del mandato “imperativo” (Constitución francesa de 1791, título III, capítulo 1, sección III, artículo 7). Tal autonomía confería a los titulares del mandato “representativo” un poder particularmente amplio que terminaba por superar de hecho la “soberanía” de la nación, entidad colectiva considerada carente de voluntad. Voluntad que, en cambio, venía a formarse en el seno de la asamblea de representantes.

El mandato representativo se concibió, pues, como un mandato *político* que no tenía nada que ver con la concepción iusprivatista (del derecho privado) del mandato que comporta la individualización de dos precisas esferas de voluntad, la del mandante y la del mandatario, así como el carácter circunscrito del encargo confiado al segundo. Se trataba de una investidura fiduciaria electiva tendente a *legitimar* el papel del restringido grupo de los representantes, cuyo poder se configuró como una *competencia* derivada de la Constitución, no de la voluntad de los electores. El

mandato representativo comportaba, además, la vinculación de cada diputado a la nación entera, nunca a sus fracciones o a cada uno de los individuos, en cuanto que la soberanía nacional tenía el carácter de indivisibilidad, correspondiendo unitariamente a la colectividad entera.

El principio representativo, relacionado originariamente con la plena autonomía política de los “representantes”, se fue moderando progresivamente por las formas de vinculación con el cuerpo electoral mediante los partidos y el condicionamiento a través del control político realizado por los electores sobre el comportamiento de los diputados en la asamblea, que podía sancionarse con la falta de reelección de los diputados salientes. Se elaboró la concepción orgánica del Estado, interpretándose la asamblea como órgano constitucional asociado a la satisfacción de intereses colectivos. En la práctica, el principio representativo es armonizado progresivamente con el democrático de modo que asegurase una correspondencia tendencialmente efectiva entre la orientación de los gobernados (cuerpo electoral) y la de los gobernantes (asamblea y gobierno), superando la presunción de correspondencia ínsita en el principio representativo.

II. INSTITUTOS DE DEMOCRACIA DIRECTA

El principio democrático aparecía garantizado también con precisas regulaciones jurídicas cuando se reconocía al pueblo una función activa dirigida a la formación de ciertas decisiones estatales. En tal caso el pueblo no se limitaba a expresar la opción electoral, sino que también adoptaba algunas decisiones gubernamentales que incidían diversamente sobre la orientación de los órganos representativos (llamada democracia semidirecta).

Los institutos a través de los cuales se manifestaba la intervención popular directa, si bien en el cuadro de las instituciones representativas, eran los siguientes:

1) El derecho de *petición*, que comporta la facultad de solicitar medidas a los órganos constitucionales.

2) *El referéndum*, regulado como derecho del cuerpo electoral a pronunciarse sobre una medida normativa, distinguiéndose así del *plebiscito*, ya que este último, por el contrario, se refiere al pronunciamiento popular sobre ciertas decisiones políticas como la forma de gobierno, la

anexión territorial, la confianza sobre un *leader* político y otros. El referéndum podía tener diversa eficacia en la medida que se articulaba de diversos modos: *consultivo*, respecto a las varias medidas por adoptar, dándose a la decisión popular el valor de un dictamen; *suspensivo*, cuando podía interrumpir el *iter* de un procedimiento; *confirmativo*, cuando se dirigía a convalidar una decisión ya adoptada por la asamblea o por el Ejecutivo; *abrogatorio*, cuando podía provocar la abrogación de un acto ya vigente; *propositivo*, si comportaba la decisión popular sobre una iniciativa dirigida a introducir una normativa nueva. El *referéndum* podía ser también obligatorio o facultativo y podía concernir tanto a la normativa ordinaria como a la constitucional y a la de revisión.

Con respecto al vínculo del referéndum con un procedimiento conexo a un acto normativo, en primer lugar es necesario distinguir entre la pronunciación del pueblo sobre un texto normativo y el caso en el cual cierto número de ciudadanos-electores están en condiciones de presentar una propuesta que seguidamente será sometida al voto popular. En tal hipótesis se considera que el pueblo se convierte en legislador directo. La iniciativa popular se prevé en Suiza, en materia constitucional, mientras que en Liechtenstein y en los estados miembros de los Estados Unidos se contempla tanto en materia constitucional como legislativa. En los estados americanos se distingue entre la iniciativa directa y la indirecta, según que ésta pueda ser sometida a voto inmediatamente o después de ser examinada por el órgano asambleario. En Suiza se distingue entre la iniciativa “formulada”, por cuanto se encuentre redactada en artículos, y la “no formulada”.

El referéndum es relacionado, frecuentemente, con la adopción de las decisiones constituyentes y con los procedimientos de revisión constitucional. La tipología de las consultas que se refieren de diverso modo a la Constitución es bastante articulada: referéndum preconstituyente, constituyente, de revisión total, de revisión parcial (véase, para una ilustración más detallada de las diversas hipótesis, primera parte, capítulo tercero, sección II, apartado II).

El referéndum era visto con recelo por quienes sostenían la función preferencial de las asambleas en el marco del principio representativo. Sin embargo, en algunos ordenamientos, como el estadounidense, el suizo y el australiano, había obtenido gran reconocimiento. En particular, el referéndum fue regulado de manera amplia por la Constitución suiza de 1874 (y actualmente por la Constitución de 2000), que prevé el referén-

dum como instrumento para modificar la Constitución, las leyes o los decretos federales urgentes o un tratado internacional. El referéndum, también, tuvo una gran difusión a nivel de los cantones. El referéndum, entre otras cosas, fue introducido en Alemania por la Constitución de 1919, en Austria, Checoslovaquia y en los Países Bálticos luego del primer conflicto mundial, en España con la Constitución de 1931 y posteriormente con la Constitución de 1978, en Italia con la Constitución de 1948 y en Francia con la Constitución de 1958. En los últimos años se observa una tendencia bien difusa a utilizar el referéndum para las grandes decisiones políticas nacionales, que superan la subdivisión del electorado siguiendo las divisiones del partido (por ejemplo en materia del uso pacífico de la energía nuclear y de la entrada de muchos países europeos en la Comunidad Económica Europea).

3) *El plebiscito* comportaba la pronunciación del pueblo relativa a la adopción de una decisión política, y no a la adopción de un texto normativo como en el caso del referéndum. A la definición de plebiscito como instituto dirigido a la aprobación de una decisión política —prescindiendo, por ende, de la evaluación de un texto normativo— se contraponen, de manera más reciente, la definición según la cual el plebiscito sería un instituto cuyo uso no se encuentra previamente reglamentado por la Constitución pero es compatible con los principios de un ordenamiento democrático: según esta opinión, mientras que el referéndum sería un instituto previsto sistemáticamente en el texto constitucional y sujeto por lo general a un procedimiento normativo, el plebiscito sería un instituto utilizado en circunstancias particulares como en el caso que deba verificarse ulteriormente la voluntad popular. Sin embargo, subsiste el hecho de que por lo general el plebiscito, en los ordenamientos democráticos, es utilizado, también, para decidir sobre una decisión política, como en el caso del llamado referéndum institucional que tuvo lugar en Italia el 2 de junio de 1946, con anterioridad a los trabajos de la asamblea constituyente; lo mismo sucedió en la consulta popular efectuada en Grecia el 8 de diciembre de 1974 para decidir si se optaba por la monarquía o por la república antes de que se diera comienzo a los trabajos para la nueva Constitución. Es difusa la preocupación sobre el hecho de que una decisión política propuesta al electorado pueda ser condicionada diversamente por las circunstancias de hecho que influyen negativamente sobre la serenidad del voto. Además la consulta popular podría transformarse fácilmente en una decisión en favor de un *leader* político y de su orienta-

ción política —prescindiendo del voto sobre una propuesta precisa que es sometida al examen de los votantes—, como resulta confirmado por el uso mismo en sentido plebiscitario del instituto del *referéndum* en el marco de la Constitución francesa de 1958, en la que el voto sobre una propuesta normativa era utilizado para convalidar la política presidencial. La desconfianza demostrada por los ordenamientos democráticos frente a la institución plebiscitaria se justifica, también, sobre la base del uso dado a las consultas populares en los ordenamientos autocráticos, en los cuales el plebiscito se decide en una pronunciación popular dirigida a expresar la confianza a un hombre que ha conquistado el vértice del Estado por la fuerza o que accede al poder de manera formalmente legítima, pero que pretende cambiar la forma de Estado: así pues la consulta popular adquiere funciones de *legitimación* del nuevo poder. Obviamente, poco importa si se utiliza con más frecuencia el término de *referéndum* que el de plebiscito. Las interpelaciones populares de Napoleón I y Napoleón III han tenido carácter autocrático; así como las declaradas por los coroneles griegos (1973), las chilenas (1978, 1980) y la uruguaya (1980): la técnica del plebiscito comporta que se someta al pueblo una alternativa para que éste decida entre un sí y un no con relación a una decisión propuesta, y en los sistemas autocráticos quien vota se halla condicionado diversamente, de modo que resulta sujeto a apoyar la voluntad de los proponentes.

4) *La iniciativa popular* asociaba al pueblo a la propuesta de una ley que quedaba, en cuanto a su adopción, a la competencia de la asamblea.

5) *La revocación de los elegidos* comportaba la competencia popular a revocar el mandato político conferido mediante las elecciones, derogando así el principio general, típico de la representación, por el cual los electores agotaban su función en el momento del voto.

La revocación tenía carácter individual en algunos estados miembros de los Estados Unidos (*Recall*) y colectivo (*Abberufungsrecht*) en algunos cantones suizos, donde son “citables” todos los miembros del órgano electivo (véase, por ejemplo, la Constitución del cantón Ticino del 4 de julio de 1830, reformada el 26 de octubre de 1967, artículo 61, a su vez reformada el 14 de diciembre de 1997, artículo 44). En todas estas hipótesis se estableció una cuota mínima de los componentes del cuerpo electoral para la iniciativa de revocación, y por ende de diversas formas de mayoría para aprobar la revocación. En otras hipótesis la iniciativa se

adoptaba por el órgano representativo, correspondiendo al cuerpo electoral la decisión sobre la revocación, como en el caso de la revocación del presidente federal prevista por la Constitución alemana de 1919 (artículo 43, 21) y en la Constitución austriaca de 1920, revisada en 1929 y aún vigente (artículo 60, 6).

6) En algunos ordenamientos, como por ejemplo el italiano, con referencia específica a diversos estatutos regionales, se introdujo el principio de la *participación* activa de los ciudadanos, de sus estructuras asociativas y de los entes autónomos en la formación de las decisiones de dirección, queriéndose dar una coordinación orgánica a todos los instrumentos posibles de intervención en la actividad política, comprendiendo los encaminados a adquirir una información constante y completa sobre la actividad de los órganos de los entes políticos.

III. INSTITUTOS DE DEMOCRACIA INDIRECTA. VOTO Y ELECCIONES

Los institutos de democracia directa quedaron en segundo plano con relación a los de *democracia indirecta*, que comprenden el gobierno a través de los órganos constitucionales representativos tanto a nivel del Legislativo —así las asambleas siempre se formaban mediante la intervención popular directa— como, a veces, también a nivel Ejecutivo, cuando su vértice es escogido de modo análogo (república presidencial). Desde esta perspectiva asumían relieve determinante tanto la función electoral llevada a cabo por el pueblo mediante el voto y la elección de los representantes, como los partidos políticos, estructuras asociativas de mediación entre el cuerpo electoral y los órganos constitucionales.

La función desarrollada por el pueblo a través del ejercicio del voto es central en la forma de Estado liberal y en sus derivados. Hay que subrayar a este propósito las opciones relativas a la titularidad del derecho de voto, al modo de su expresión, a la organización de los electores en adecuadas secciones administrativas y al cómputo de los votos.

1. *El voto*

El voto puede ser universal o restringido. En el Estado liberal, en su fase oligárquica, el voto fue *restringido*, ya que era limitado por motivos

censitarios, culturales, raciales. Progresivamente las limitaciones fueron eliminándose hasta asegurarse el derecho de voto universal (generalizado) primero masculino y luego también femenino. Sin embargo, el *status* de elector siempre se subordinó, en general, a la nacionalidad y al requisito de la edad.

El voto puede ser directo o indirecto. El voto *directo* comporta la posibilidad de los electores de elegir sin intermediarios a sus propios representantes, y ésta, tendencialmente, es la regla. En cambio el voto *indirecto* comporta dos o más grados de elección (por ejemplo las elecciones senatoriales francesas, cuyos senadores son elegidos en cada departamento por un colegio electoral compuesto por los diputados, los consejeros generales y los delegados de los consejos municipales; en las elecciones al Consejo Federal austriaco cuyos miembros son elegidos por las asambleas de los *Länder*; en la elección al Senado irlandés y en la segunda cámara holandesa, donde operan complejos colegios electorales para las elecciones correspondientes).

El voto puede ser *igual o desigual*, según que el peso del voto de cada elector sea idéntico o varíe de modo que pueda computarse más veces. El voto “múltiple” se daba cuando la ley reconocía a ciertos individuos la posibilidad de votar en varios colegios (Gran Bretaña hasta 1951). El voto “plural” se daba cuando al voto de un individuo se le atribuía un peso equivalente a varios votos, por ejemplo, igual al número de hijos del votante jefe de familia (Bélgica entre 1893 y 1921).

Las modalidades del voto varían de un ordenamiento a otro, pero se basan en algunos rasgos comunes. El ejercicio del derecho de voto está subordinado a la inscripción en las listas electorales, que se renuevan periódicamente. El ejercicio del voto es *libre* u *obligatorio*. El voto se expresa con la garantía del *secreto* y se tutela con normas que procuran asegurar al elector frente a formas de condicionamiento psíquico y físico. El voto, por lo general, es *personal*, pudiéndose a veces transmitir por correspondencia o manifestarse por medio de un mandatario.

Sobre la salvaguardia del voto libre trata la disciplina sobre los sondeos, entre la cual se destaca la introducida en Francia sobre los sondeos relacionados, directa o indirectamente, con las consultas electorales de carácter nacional. La ley núm. 808 del 19 de julio de 1977, en efecto, instituyó una Comisión adecuada encargada de asegurar, en condiciones de independencia del poder político, “la objetividad y la calidad de los sondeos publicados o divulgados” (artículo 5), y de controlar su desen-

volvimiento regular. Además, siempre con el fin de asegurar la libertad del voto, el artículo 11 de la ley citada prohíbe la publicación, la difusión y el comentario de los sondeos en el periodo inmediatamente precedente al cumplimiento de las operaciones de voto (electorales). En Italia, la ley núm. 28 del 22 de febrero de 2000 previó en su artículo 8, que durante los quince días precedentes a la fecha de las elecciones está prohibido publicar o difundir el resultado de los sondeos demoscópicos sobre el éxito de las elecciones y sobre las orientaciones políticas y de voto de los electores, aunque tales sondeos hayan sido efectuados en un periodo precedente al de la prohibición. El segundo párrafo del mismo artículo atribuye además al garante de las comunicaciones la tarea de fijar los criterios obligatorios de conformidad con los cuales deben realizarse los sondeos. En caso de inobservancia, el artículo 10, 7 prevé que la misma autoridad ordene a la emisora o al editor interesado a hacer pública dicha circunstancia en el mismo medio de comunicación que difundió el sondeo y otorgándole la misma relevancia, el mismo horario, ubicación y características editoriales, con los cuales los sondeos fueron promovidos propagandísticamente.

2. Distribución de los votantes

Es muy importante el reparto de los votantes en circunscripciones territoriales, la asignación de los escaños parlamentarios (uno o más) a las circunscripciones y el método para el cómputo de los votos emitidos.

Las circunscripciones electorales son distribuciones territoriales trazadas racionalmente de suerte que dividan el territorio nacional en cuotas equilibradas de votantes para no crear discriminaciones en el número de votos necesarios para la elección de los candidatos. Se prevé la competencia del Parlamento, del gobierno, o de comisiones independientes para proceder a revisiones periódicas a fin de actualizar los confines de las variaciones demográficas y de las eventuales migraciones internas de la población. El recorte de las circunscripciones en modo artificioso, con desequilibrios evidentes en la población para favorecer a los partidos del gobierno (*Gerrymandering*), es un fenómeno conocido en Estados Unidos y en Gran Bretaña en tiempos pasados y hoy en la Francia de la V República. Situación distinta se da en los Estados que prefieren el criterio de la circunscripción única nacional (Israel, Holanda).

3. *Sistemas electorales*

El acoplamiento de los escaños puestos en juego en las circunscripciones puede prever que a cada una de éstas corresponda un solo escaño parlamentario (sistema *uninominal*) o varios escaños (sistema *plurinominal*). Los sistemas uninominal y plurinominal se encuentran íntimamente relacionados con los criterios escogidos para la valoración de los votos emitidos: criterio mayoritario y criterio proporcional.

El criterio *mayoritario* supone la elección de un solo candidato entre los varios concurrentes para el único escaño disponible, cuando éste haya obtenido el mayor número de votos, o raramente puede aplicarse en colegios plurinominales, como en las elecciones senatoriales de Estados Unidos, donde en cada circunscripción se vota a dos candidatos.

El criterio *mayoritario* puede aplicarse a una sola votación en el escrutinio mayoritario a un solo turno: se elige a quien consigue la mayoría, incluso relativa, como en las elecciones a la Cámara de los Comunes inglesa, a la Cámara de los Comunes canadiense, a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, a la Cámara de Representantes japonesa, a la Cámara neozelandesa. También puede aplicarse a una doble votación en el escrutinio mayoritario a dos vueltas. En la primera vuelta se elige a quien ha alcanzado la mayoría absoluta (mitad más uno de los votos); en la segunda, que se da cuando no se cumple la hipótesis de haber alcanzado la mayoría absoluta, participan en general los dos candidatos más votados (*ballotage* / segunda votación) y es elegido quien consigue la mayoría, incluso relativa. Este sistema se sigue para elegir la Asamblea Nacional francesa.

El criterio *proporcional* supone la elección de los parlamentarios de modo que reflejen lo más fielmente posible las orientaciones expresadas por los electores reconociendo siempre la representación de las minorías. Se aplica en circunscripciones plurinominales donde los candidatos se presentan agrupados en listas.

Los electores votan una lista “bloqueada” e inmodificable cuando no se permiten votos de preferencia —pudiendo el elector escoger algunos candidatos de la lista cambiando el orden nominal establecido (elecciones a la Cámara danesa, al Consejo Nacional suizo)— ni tampoco se permite la elección entre candidatos pertenecientes a diversas listas (*panachage*), admitiéndose, por ende, modificaciones más incisivas respecto al orden de presentación de los candidatos, pudiendo el elector influir no

sólo en el ámbito de una lista sino también en varias listas (elecciones al Consejo Nacional austriaco; al Consejo Nacional suizo).

Los métodos a través de los cuales se evalúa el voto de los electores y se asignan en concreto los escaños varían según las legislaciones electorales que siguen criterios proporcionales.

A) En el sistema llamado de Hare se divide el número de votantes por el de puestos disponibles, obteniendo un “cociente” y considerando elegidos a aquellos candidatos que lo hayan obtenido. El elector está obligado a indicar en la papeleta (tarjeta electoral), además del nombre del candidato por el que vota en primer lugar, otros nominativos, y cuando el votado en primer lugar logre obtener el cociente, entonces el voto de éste se transfiere al segundo indicado y así sucesivamente. Se declaran elegidos los candidatos que hayan obtenido un cociente (el sistema de voto transferible se sigue, con algunas adaptaciones, para elegir la Cámara de Representantes australiana y la Cámara de Representantes irlandesa).

Los sistemas “de listas concurrentes” son los más difundidos (elecciones al *Bundestag* en la República Federal Alemana, con adaptaciones mayoritarias; al Consejo Nacional austriaco; a la Cámara de Representantes y al Senado belgas; a la Cámara danesa; a la Cámara finlandesa; a la Cámara israelita; a la Cámara noruega; a la primera Cámara holandesa; a la Cámara sueca; al Consejo Nacional suizo).

B) En el sistema “de listas concurrentes” (método de Hagenbach), en cada circunscripción se divide el número total de votos válidamente emitidos (cifra electoral general) por los puestos por proveer, obteniendo así el cociente. Después se divide la cifra electoral de lista, igual a los votos válidos indicados en cada lista, por el cociente, determinando el número de puestos asignados en concreto a cada lista que haya conseguido un cociente. Sin embargo, la situación se vuelve compleja por el problema de los residuos, ya que en la práctica raramente el número de votos obtenidos por una lista es múltiplo exacto de un cociente.

Para la *adjudicación de los residuos* se han seguido diversos mecanismos.

- a) El de los “mayores residuos”: los escaños no asignados en la circunscripción se atribuyen a las listas cuyos residuos se aproximen al cociente (sistema que favorece en general a los partidos más débiles).

- b) El que tenga una “media mayor”: los escaños residuales se asignan a la lista cuyo total de votos obtenidos dividido por el número de escaños por proveer en la circunscripción, dé el resultado más elevado o bien a la lista que ha obtenido la mayoría relativa en la circunscripción (sistema que favorece en general a los partidos más fuertes).
- c) El del “cociente rectificado” (método de Hagenbach-Bischoff): se añade al número de escaños por proveer una unidad, de modo que dividiendo los votos por el número correcto de los escaños se obtiene un cociente más pequeño, facilitando la adjudicación de escaños.
- d) El de la “circunscripción nacional”: en la cual confluyen los residuos obtenidos por las listas en diversas circunscripciones donde no fue posible conseguir cocientes. La suma de votos residuales forma la cifra electoral nacional; esta cifra dividida entre los escaños restantes aún no cubiertos forma un cociente nacional; cada una de las cifras de la lista se divide por el cociente de modo que se asignen los escaños a cada lista. El recurso a la circunscripción nacional no excluye, obviamente, la utilización previa de los mecanismos de utilización de los residuos a nivel local.

C) En el sistema “del divisor electoral” (método de Hondt), que tiende a reducir el problema de los residuos, la cifra electoral de cada lista se divide sucesivamente entre 1, 2, 3, 4, según sean los puestos por asignar, obteniendo series decrecientes de cocientes: los escaños se atribuyen de acuerdo a una serie única de cocientes elaborada independientemente de las listas hasta la concurrencia de puestos disponibles. El último cociente utilizable suministra el “divisor electoral”, gracias al cual puede realizarse una comprobación de la operación efectuada.

D) El método “del número uniforme” no establece de antemano el número de parlamentarios a elegir, sino la cifra de votos necesarios para la elección de un parlamentario. Cada lista obtiene tantos escaños cuantos resultan de la división de los votos obtenidos entre el número uniforme preestablecido. Los residuos pasan a un colegio único nacional y se reparten con el mismo criterio.

El escrutinio mayoritario a un solo turno fue el método utilizado tradicionalmente hasta mediados del siglo XIX. A finales de siglo se introdu-

ce progresivamente el criterio de la proporcionalidad (cantones suizos, 1891-1892; Bélgica, 1893; Finlandia, 1906; Suecia, 1908. En Italia el criterio proporcional fue admitido en 1919). El escrutinio mayoritario a un solo turno penaliza a las minorías, pero simplifica la formación del gobierno al lograr que el número de los partidos se contenga. Cuando se utiliza en ordenamientos bipolares, con una rotación habitual entre los partidos del gobierno y de la oposición, esta última permite que se compense el inconveniente ya mencionado. El escrutinio mayoritario a doble turno, que facilita los acuerdos entre los partidos homogéneos en la segunda votación, es particularmente apropiado en los sistemas en los cuales existen cuatro partidos con una tendencia bipolar, como en la Francia contemporánea. Las minorías son representadas equitativamente con el escrutinio proporcional, que lleva a un incremento del número de los partidos, facilita las dificultades que se pueden generar en la formación del gobierno y compromete habitualmente su eficacia y estabilidad.

Sobre el argumento existe desde hace varios años una polémica continua. La decisión de fondo, que condiciona la de la legislación electoral, se refiere a la naturaleza del predominio que se quiere reconocer a la asamblea: si predomina la exigencia de la *representatividad* con respecto al cuerpo electoral es indudable que se da mayor preferencia al criterio de la proporcionalidad. Si, en cambio, predomina la exigencia del papel decisivo de la asamblea en relación con la dirección gubernativa, debe darse preferencia al criterio mayoritario. Estas exigencias contrapuestas entre sí, en la práctica, son moderadas por diversas soluciones que buscan privilegiar a ambas, como sucede en la legislación alemana para las elecciones del *Bundestag*, en donde se prevé, además de la cláusula bloqueada que excluye la posibilidad de representación de las listas que no alcancen el 5% de los sufragios, la asignación de la mitad de los escaños en colegios uninominales con criterio mayoritario y la asignación de la mitad restante a través del criterio proporcional votándose sobre las listas del partido en cada *Land*.

IV. LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SU INTERVENCIÓN EN LA FORMA DE GOBIERNO REPRESENTATIVA

Los partidos se fueron manifestando, progresivamente, como institutos fundamentales en la forma de Estado liberal, convirtiéndose en un

trámite necesario entre la comunidad estatal y los órganos de dirección, especialmente en el desarrollo de aquella función determinante: la selección de la representación parlamentaria, anteriormente citada.

Los partidos surgieron en el ámbito de ordenamientos constitucionales caracterizados por una necesaria homogeneidad política. La diferenciación en grupos no implicaba que éstos se hiciesen portadores de modelos orgánicos político-constitucionales diversos de los consolidados en el Estado absoluto. Su presencia se limitó principalmente a las cámaras parlamentarias donde algunas formaciones se enfrentaron para discutir las políticas del gobierno del rey. Tal situación persistió después de la introducción de la forma de gobierno parlamentario que había limitado la función de la monarquía al finalizar el siglo XVIII en Inglaterra y, sucesivamente con la Revolución francesa, en el continente europeo durante el siglo sucesivo. A los grupos formados en el Parlamento se añadía en el país una estructura organizativa lábil y eficiente a través de *comités electorales* con motivo de la renovación de la representación política.

Sin embargo, a partir de la mitad del siglo XIX la progresiva extensión de la competición política a ámbitos que hasta aquel momento se habían excluido, al constituirse los partidos socialistas y luego con la ampliación del sufragio, llevaron a un cambio profundo de la función del partido. Éstos se convirtieron en *estructuras asociativas* cada vez más orgánicas y estables, portadoras de un programa propio que podía también llegar a presuponer el cambio radical de las instituciones constitucionales preexistentes, lo que de todos modos implicaba una visión global de los problemas de la sociedad y una atención potencial por el cuidado de los diversos intereses de la misma. Por lo tanto, el partido se convertía por definición en “político”. Sus *leaders* y sus programas vivían en función del gobierno del Estado.

El partido venía a configurarse como una estructura asociativa dotada de un programa político propio formada sobre la base voluntaria pero regida por asociados que ejercían algunas funciones con criterios de continuidad y profesionalismo, agentes con criterios de publicidad en el ámbito social. Fruto de la libertad de asociación, que suponía el *pluralismo*, el partido parecía escapar a la disponibilidad de los asociados para volverse cada vez más una institución controlada por estrechas burocracias de profesionales de la política. De todas formas, esta institución terminaba por convertirse en la bisagra necesaria entre la comunidad diferenciada de los ciudadanos y los órganos del Estado. Por medio de este tipo de ór-

gano del Estado-comunidad decaía el periodo del individualismo liberal y se inauguraba el conocido como *Estado de los partidos*, caracterizado por el papel primario y generalizado de estructuras asociativas análogas.

Ahora bien, sólo a través del filtro de los partidos se podía analizar la comunidad estatal (función educativa y formativa de la conciencia política de los ciudadanos; esclarecimiento de las opiniones individuales con ocasión de consultas electorales realizadas por los partidos), así como de la estructura constitucional (presencia de los partidos en el Parlamento mediante los grupos parlamentarios; dialéctica entre los partidos mayoritarios y los partidos de la oposición en la actividad del Parlamento y del gobierno; influjo de la tipología de los partidos en la misma clasificación de las formas de gobierno posibles).

Los ordenamientos estatales adoptaron, gradualmente, posturas diferenciadas frente a la afirmación de los partidos, pasando de una fase represiva, en la medida que los partidos fueron considerados como un peligro para la homogeneidad política del Estado, a una fase agnóstica en la que fueron considerados irrelevantes y a una fase de legitimación en la que fueron reconocidos y legalizados, a una fase en la cual los partidos se integran en el Estado reconociéndoseles su papel indefectible en el funcionamiento de las instituciones constitucionales. Tan sólo en tiempos recientes, y con muchas cautelas, los partidos han sido reconocidos directamente por la normativa constitucional, o desde el punto de vista de la garantía constitucional del derecho de libertad de asociación política de los ciudadanos a través de los partidos (artículo 49, Constitución italiana de 1948; artículo 29, 1 de la Constitución griega de 1975; artículo 51, Constitución portuguesa de 1976) o según el reconocimiento autónomo constitucional de la existencia de estructuras organizadas a las que se les garantizan funciones constitucionalmente relevantes (artículo 21 de la Ley Fundamental alemana de 1949; artículo 4, Constitución francesa de 1958; artículo 7, Constitución sueca de 1975; artículo 114, Constitución portuguesa de 1976; artículo 6, Constitución española de 1978).

Independientemente de una posible regulación en el mismo texto de la Constitución, el derecho constitucional reconoce hoy amplio espacio a los partidos políticos.

- a) Se regula su función para la *selección de la representación política* a nivel nacional y local. Esta función de los partidos ha llegado a ser fundamental en los ordenamientos examinados. La Constitución

francesa de 1958 (artículo 4) afirma que “los partidos políticos concurren a la expresión del sufragio”. La sueca de 1975 (artículo 7) considera partido “cualquier asociación o agrupación de electores que participa en las elecciones”. Todas las legislaciones electorales de los ordenamientos pluripartidistas contienen detalladas normativas relativas a la selección de los candidatos y a su presentación a los electores, a las campañas electorales, a las operaciones electorales, a los sistemas de cómputo de votos y de adjudicación de escaños, que presuponen el reconocimiento de una función determinante de los partidos.

- b) Se prevé la función de los partidos en la formación de la *dirección política* del Estado, reconociéndose por tanto su conexión con los órganos constitucionales. La Ley Fundamental alemana prevé (artículo 21) su concurso “en la formación de la voluntad política del pueblo”, y la Constitución italiana (artículo 49) el concurso en la determinación de la “política nacional”. La Constitución griega (artículo 29) afirma que su actividad “debe servir al libre funcionamiento de las instituciones democráticas”. La Constitución portuguesa (artículo 114) prevé que “los partidos políticos participan en los órganos fundados sobre el sufragio universal y directo según su representatividad democrática”, concurriendo en la formación de la voluntad popular (véanse los artículos 3, 3 y 47, 1). La Constitución española (artículo 6) reconoce que los partidos “concurren en la formación y manifestación de la voluntad popular”.

Otras normas constitucionales ratifican de modo más o menos amplio la *presencia activa* de los partidos en los órganos constitucionales, como las que disciplinan la investidura fiduciaria de los gobiernos y que se refieren a las relaciones entre mayoría y minoría o las que versan sobre criterios de formación de las comisiones parlamentarias en proporción al peso de los partidos. Sin embargo, la función constitucional de los partidos está regulada, sobre todo, por costumbres y convenciones constitucionales.

- c) El papel de los partidos se formaliza, en el Parlamento, mediante la regulación de las estructuras internas de las cámaras, que son los *grupos parlamentarios*, raramente en las mismas Constituciones (*cf.*, por ejemplo, los artículos 72, 3 y 82, 2 de la Constitución italiana para simples referencias a los grupos y el artículo 180 de la

Constitución portuguesa de 1976 para una detallada normativa) y siempre en los reglamentos de las asambleas.

- d) Se han establecido criterios relativos a las *financiaciones* de los partidos y al uso de sus fondos, dado el peso reconocido que los medios financieros tienen sobre el desarrollo de la acción política y en cuanto a la influencia ejercida sobre los electores, sea imponiéndose la publicidad de los “orígenes de sus recursos” (artículo 21, 2 de la Ley Fundamental alemana), sea estableciendo límites a las financiaciones suministradas a los candidatos (*cfr.*, para los Estados Unidos, la *Federal Elections Campaign Act* de 1971, enmendada en 1974 y 1976) y a los gastos durante la campaña electoral (la misma ley para los Estados Unidos, y para Gran Bretaña la *Representation of People Act* de 1978). Se ha llegado, también, a formas de financiación estatal que impiden o limitan las financiaciones privadas, para establecer una igualdad de posibilidades de éxito entre los partidos. Así, se reembolsan los gastos de la campaña electoral en proporción a los votos obtenidos (para Alemania, véase la ley del 24 de julio de 1967, modificada por una ley de 1969, que prevé reembolsos tanto a nivel federal como para cada uno de los *Länder*) o en proporción a los escaños asignados (este sistema se estableció en Suecia a partir del 1o. de enero de 1969; en Finlandia con la ley del 10 de enero de 1969), o bien acumulando el criterio de la refundición de las cargas soportadas en los gastos electorales —en parte de modo fijo, en parte en proporción a los votos obtenidos— con la contribución a la actividad normal de los partidos invertida a través de los grupos parlamentarios con criterios análogos a los indicados antes (para Italia véase la ley núm. 157 del 3 de junio de 1999). Generalmente, los criterios que se desprenden de la legislación tienden a reconocer la función pública de las funciones de los partidos admitiendo formas de financiación estatal, limitando las financiaciones privadas, limitando los gastos electorales, imponiendo criterios de publicidad y constataciones estatales sobre las financiaciones y los gastos.
- e) Se han establecido *limitaciones a la autonomía* de los partidos, en cuanto a la fijación de sus principios organizativos y a sus principios de acción, y se han dictado medidas de control y sanción en caso de infracción.

Efectivamente, luego de una confirmación ulterior de la relevancia de los partidos en el ordenamiento estatal, las Constituciones y la legislación pretenden que éstos se den un ordenamiento interno conforme a los principios constitucionales, como lo establece la Ley Fundamental alemana (artículo 21, 1), que pretende que “su ordenamiento interno deba corresponder a los principios fundamentales de la democracia”, o, por lo menos, que actúen de modo compatible con la Constitución, como estatuye la Constitución italiana vigente (artículo 49) cuando señala el “método democrático” como inspirador de su acción, y de la Constitución portuguesa (artículo 10, 2) cuando prevé el “respeto de los principios de independencia nacional y de democracia política” y (artículo 51, 1) que los mismos concurren “democráticamente” a la formación de la voluntad popular. La Constitución española (artículo 6) une el límite relativo a la organización y el relativo a la acción en la medida que prevé la creación de los partidos... “sobre la base del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos”.

Otras veces se establece expresamente la incompatibilidad con la Constitución de los partidos que sigan ideologías contrarias a la misma; en el mismo texto constitucional, como en el caso de la Ley Fundamental alemana (artículo 21, 2), por la cual: “Los partidos cuya finalidad o comportamiento de sus miembros se propongan dañar o eliminar el ordenamiento democrático y liberal, o amenazar la existencia de la República Federal Alemana, son inconstitucionales”; en el caso de la Constitución italiana (disposición transitoria XII), que prohíbe la reconstrucción del partido fascista, y en la Constitución portuguesa (artículo 46, 4), que prohíbe las asociaciones que adoptan la ideología fascista; o bien en la legislación ordinaria, como ocurre con la ley italiana núm. 645 del 20 de junio de 1952 contra las asociaciones inspiradas en el fascismo, y en las leyes norteamericanas contra las asociaciones comunistas (*Internal Security Act* del 23 de septiembre de 1950 y *Communist Control Act* del 19 de agosto de 1954). Se establecen, además, mecanismos de control en sede administrativa y jurisdiccional, llegándose a prever la intervención de los tribunales constitucionales para comprobar la inconstitucionalidad de un partido (artículo 21, 2 de la Ley

Fundamental alemana), destinados a causar sanciones que pueden incluir su disolución.

V. CRISIS DE LOS PARTIDOS Y DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y SURGIMIENTO DEL INDIVIDUO Y DE LOS GRUPOS COMO INTERLOCUTORES DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

Si bien subsistiendo los partidos políticos como vínculo determinante entre la sociedad y el aparato estatal, se manifiesta de modo cada vez más evidente su incapacidad para enfrentar las exigencias de los particulares y de los grupos. Muchos intereses, sobre todo sectoriales y locales, no encuentran desahogo en el tradicional enlace realizado, sobre todo, mediante el procedimiento electoral que coloca en resalto el nexo partidos-Parlamento y que terminan por relacionarse directamente con la estructura de vértice del Estado con el fin de influir o condicionar de varias formas las decisiones. Por ende, se individúan “grupos de interés” o “grupos de presión” en las entidades (entes públicos, empresas privadas y públicas, sujetos privados, estructuras asociativas) que operan con el fin de condicionar la acción de los poderes públicos de modo que se satisfagan intereses de diversa naturaleza (económicos, sociales, culturales, religiosos) en el momento en que se procede a la adopción de las decisiones de dirección.

El concepto de *grupo de interés* y de *grupo de presión* puede referirse a distintos niveles de organización de los intereses sociales y puede obtener una consideración variada: en el estudio de los aspectos relacionados más propiamente al análisis de los ordenamientos constitucionales se evidencian aquellos grupos que, como se acaba de señalar, se ocupan de intereses sectoriales o generales que tengan consistencia propiamente política y terminan por influenciar la dirección de los órganos constitucionales, o bien de hecho o también formalmente, en cuanto las diversas normativas reconocen una función precisa a los intereses organizados por fuera de las estructuras del partido.

La importancia de los intereses puede darse a través de dos modalidades diversas: o bien previendo su presencia en los ámbitos institucionales a los cuales la Constitución o las leyes asignan en general atribuciones de propuesta, y en este caso el órgano estatal en que éstos se encuentren representados opera como mediador de las diversas instancias presentes

en el mismo, o previendo un acceso directo de los intereses a órganos estatales, en general, a través de procedimientos de consulta, concertación y negociación, de modo que el Estado tenga en cuenta las exigencias planteadas: sistemas de acceso a las comisiones y a los comités instituidos en los ministerios, de acceso a las comisiones parlamentarias también durante el desarrollo de procedimientos legislativos.

Como ejemplos del primer caso deben mencionarse los consejos económicos instituidos sobre el modelo del Consejo Económico del *Reich*, previsto por la Constitución alemana de 1919 (artículo 165), imitado por la Constitución francesa de 1946 (artículo 25) y por la de 1958 (artículos 69 y ss.), por la italiana de 1948 (artículo 99) y por otro gran número de Constituciones. Estos consejos se encuentran formados por representantes de las categorías económicas designados por las mismas, además que por miembros designados por el gobierno, y pueden ser considerados como una forma de representación ofrecida a intereses sectoriales (economía, producción, trabajo) paralela a la de los intereses políticos presentes en el Parlamento. Los intereses sectoriales, mediados variadamente, pueden dar origen a propuestas y dictámenes que influyen en las decisiones de los órganos de dirección política.

Como ejemplos del segundo caso merecen recordarse las previsiones, permitidas por los reglamentos parlamentarios, de acceso de los grupos a los procedimientos cognoscitivos y legislativos del Parlamento a través del instituto de las “audiencias” de las comisiones parlamentarias, a partir de las más conocidas (*hearings* de las comisiones del Congreso de Estados Unidos) para llegar a las de otros numerosos Parlamentos, entre los cuales el italiano (artículo 144, 2 del Reglamento de la Cámara de Diputados y artículo 48, 5 del Reglamento del Senado). La presencia de los intereses en las comisiones puede limitarse al aspecto de las consultas o puede llegar a formas de negociación con el fin de obtener una legislación conforme a las instancias representadas.

La relevancia jurídica de los intereses se corrobora también por las disposiciones de los reglamentos parlamentarios o de ley que disciplinan las modalidades de acceso a los Parlamentos de los intereses ajenos al circuito de los partidos: creación del “registro de los agentes parlamentarios” habilitados para seguir el *iter* de los *Private Bills* en Gran Bretaña; obligación de registro de quien se empeña mediante remuneración a seguir la tramitación de un proyecto de ley frente a las cámaras en los

Estados Unidos (*Federal Regulation of Lobbying Act* del 2 de agosto de 1946).

De acuerdo con lo anteriormente dicho se deduce que la representación de intereses que se verifica mediante formas de conexión directa con los órganos estatales no sólo no es contraria a los principios constitucionales sino que puede llegar hasta una disciplina expresa que la legitime. Obviamente, es diverso el caso en el cual el concepto de “grupo de presión” es empleado para denotar una actividad ilícita de condicionamiento de la acción de los poderes públicos.

Junto a la temática de los grupos de interés y de presión, debe mencionarse la de la activación de los instrumentos de *democracia directa*, ya familiares a las Constituciones de todos los ordenamientos que han mantenido la fórmula clásica de la democracia representativa, en la que el cuerpo electoral delega al Parlamento, mediante el voto, la representación política. La individuación de estos instrumentos, y en particular del referéndum en un marco institucional y político profundamente diverso del de las Constituciones del siglo XIX, no permite individuar solamente la función activa del ciudadano —o de la suma de los ciudadanos que participan— pero también la función determinante de grupos que se colocan como alternativos o en competencia con los partidos (se puede hacer referencia al papel de los comités promotores, es decir, de estructuras asociativas *ad hoc* que operan para aglutinar el consenso de los votantes).

Desde esta perspectiva se debe recordar también el fenómeno de la participación, término con el cual se resalta la función activa del ciudadano y de los grupos en la preparación y adopción de las decisiones políticas, función que puede ser desarrollada tanto operando a través de los partidos políticos como por fuera de los mismos. Las formas de participación que prescinden de la función activa de los partidos se justifican, bien sea recordando el prorrumpir progresivo de intereses “sectoriales” y “corporativos”, o bien considerando la crisis paralela de los partidos y de la representación política.

Un esfuerzo notable encaminado a permitir el acceso del ciudadano y de los grupos al procedimiento de formación de las decisiones tuvo lugar en Italia con la adopción de los estatutos regionales de derecho común; sindicatos, entes locales, asociaciones de ciudadanos de cada tipo han sido —por lo menos teóricamente— asociados a la formación de disposiciones administrativas de carácter general (Estatuto de Lombardía, ar-

título 46; Marche, artículo 56) y se reconoció el principio del “contradictorio” entre la administración y los sujetos interesados en la formación de las disposiciones (Estatuto Emilia-Romagna, artículo 43). Sin embargo, estas previsiones parecen destinadas a inaplicarse. Por consiguiente, según una valoración realista la participación de los particulares y de los grupos, para poder ser tal, debería también pasar siempre a través de los partidos políticos.

La temática del surgimiento de formas alternativas de tutela de los intereses sociales, a menudo, se incluye en la ya reconocida fórmula del neocorporativismo que resulta operativa sólo en los ordenamientos que han alcanzado una homogeneidad política sustancial y que presentan escasos conflictos sociales.

En general, el uso del concepto “Estado corporativo” quiere indicar el intento de llegar a una satisfacción de intereses sociales alternativa o adicional respecto a la operada por los mecanismos institucionales estatales tradicionales, trámite el reconocimiento de la función esencial de los titulares de los intereses. Sin embargo, es evidente que en términos así genéricos el problema corre el riesgo de seguir básicamente como sociológico, y no resulta simple encontrar su relevancia jurídica.

En una acepción restrictiva, la fórmula neocorporativa es utilizada para indicar la gestión tripartita de intereses sociales a través de acuerdos entre los sindicatos de los trabajadores, los empresarios y los órganos estatales. La negociación llevada a cabo entre estos sujetos puede llevar a decisiones sustitutivas de las formalmente remitidas a órganos públicos o a decisiones que serán ratificadas posteriormente por los mismos mediante actos formales (decretos gubernamentales o leyes parlamentarias). El fenómeno se ha evidenciado en los ordenamientos escandinavos, en Austria, en la República Federal Alemana, en Holanda, en Gran Bretaña e Italia, debiéndose precisar que la fórmula de colaboración entre los sindicatos, los empleadores y el gobierno halla también una institucionalización en órganos permanentes *ad hoc*.

En Austria, en 1957, se instituyó un organismo paritético de sindicatos-empresarios para el control de los precios y los salarios. En la República Federal Alemana se instauró un sistema de concertación entre las partes sociales y el gobierno sobre las cuestiones referentes a la política económica. En Holanda, con una ley de 1950, se creó un Consejo Económico y Social, con miembros designados paritéticamente por los sindicatos de los trabajadores, por los empresarios y por el gobierno, dotado

de competencias consultivas en materia de política económica. El Consejo holandés no es diferente estructuralmente de los consejos económicos instituidos en numerosos ordenamientos, en todas partes dotados de atribuciones de iniciativa legislativa y sobre todo consultiva, pero que sólo en algunas hipótesis se han revelado sedes institucionales de mediación y de gestión de los intereses sociales de manera sustitutiva al papel de los partidos políticos. Un fenómeno que se puede enmarcar en el contexto de colaboración y decisión política por fuera del tradicional enlace institucional fundado sobre los partidos y sobre los órganos constitucionales, pero que también se funda sobre la función determinante de los sindicatos e interesa a una gama más amplia de estructuras asociativas y de sujetos públicos y privados, consiste en la ya recordada negociación de las disposiciones. Se trata de formas de acuerdo entre las instancias portadoras de los intereses más variados y los órganos estatales, y en particular el Parlamento, como en los conocidos ejemplos ofrecidos por la programación económica concertada en Francia.

En el complejo, resulta difícil no concordar sobre la crisis de los partidos y del tradicional instituto de la representación política. Sin embargo, el acceso del individuo y de los grupos a los órganos constitucionales que detentan la dirección política se pone siempre como complementario respecto a la función de los partidos que permanecen como estructuras asociativas con finalidades políticas generales que tienden a recuperar su función esencial. Además, no hay que dejar de lado el hecho que mientras por un lado la presencia inmediata de los intereses puede ser vista como una revalorización del principio democrático, desde otro perfil las formas de presión, de mediación y de concertación activadas por una miríada de sujetos difícilmente organizables, puede provocar formas de reducción extrema entre el flujo de las “demandas” espontáneas y de las respuestas de las instituciones, tales como evidenciar este fenómeno como un factor de ingobernabilidad.

SECCIÓN IV

DISTRIBUCIÓN FUNCIONAL DEL PODER

I. LA SEPARACIÓN DE PODERES

El principio de la separación de poderes asumió una función capital en el Estado liberal. Apareció estrechamente unido a la concepción de las libertades individuales y terminó por alcanzar el significado dogmático de mecanismo institucional para tutelarlas: solamente el *poder repartido* entre distintos órganos estatales podía ser un “poder limitado”, es decir, reducido y controlable, en la medida que a cada órgano constitucional no sólo se le reconocía una función precisa y activa, además se podrían impedir posibles abusos de otros órganos.

La separación de poderes, regulada por primera vez en la Constitución estadounidense de 1787 y luego en la Declaración de Derechos francesa de 1789 (artículo 16), estaba, pues, vinculada históricamente a la exigencia de moderar el poder absoluto y desde esta perspectiva se situaba en el camino de las doctrinas que auspiciaban una limitación del absolutismo. En particular, por citar las más conocidas, las de Locke y Montesquieu. Estas doctrinas miraban, sobre todo, a separar el papel de formación de la ley de aquel correspondiente a su ejecución. Empero, no pretendían, necesariamente, imponer una rígida separación entre las atribuciones del órgano legislativo y las del ejecutivo, ya que mientras dejaban la función de ejecución de la ley sólo al Ejecutivo monárquico, admitían que la función legislativa se repartiese entre el rey y el Parlamento. En efecto, las Constituciones liberales no introdujeron una rígida separación de poderes, excepto en el caso de la Constitución de Estados Unidos, en la cual se intentó establecer un rígido paralelismo entre el presidente y función ejecutiva, Congreso y función legislativa, Corte Suprema y función judicial. En numerosos países, y también en los Estados Unidos, se reconocieron momentos inevitables de conexión y colaboración entre los diversos “poderes”. Los “poderes”, en cuanto estructuras organizadas, se concibieron equiparados. Todas las funciones que se les asignaban tenían

idéntica dignidad y se graduaron según una simple sucesión lógica-racional en una relación de producción normativa-ejecución. Sin embargo, en la práctica apareció, de modo más o menos consciente, la preeminencia que asumiría el “poder” que obtuviese la función de dirección y de coordinación entre los diversos “poderes” del Estado. Así se estableció en el ámbito político, y a veces también en el campo jurídico-constitucional, una jerarquización de los “poderes”, independientemente de las funciones asignadas: predominio de la asamblea y del Ejecutivo en las formas de gobierno parlamentario; oscilación entre el Congreso y el presidente en la forma de gobierno llamada presidencial.

En la acepción clásica, elaborada a nivel doctrinal mediante un *planeamiento dogmático* que a menudo prescindía del contacto real con las instituciones, la separación entre los poderes del Estado se vio como una fórmula organizadora omnicomprendensiva en cuyo ámbito se agotaban las posibilidades de estructuración del Estado liberal. Esta concepción se unió a la idea de que por su naturaleza todo órgano estatal desarrollaría una función particular con forma particular y eficacia particular (coincidencia entre varios elementos calificados: por el contenido, por el órgano, por la forma, por la eficacia): la función legislativa correspondía al Parlamento; la ejecución de las leyes al gobierno; la resolución de las controversias sobre la aplicación de las leyes a los jueces. Una estricta aplicación de la teoría comportaba también la irreductibilidad del objeto y del fin de cada función a los de las otras dos funciones.

En particular, el principio de separación comportaba: *a)* que la competencia de un órgano de un determinado poder se determinase según el contenido “material” del acto a cumplir; *b)* que la asignación de la función al órgano se hiciese conforme a la idoneidad de éste para desarrollarla, según su composición; *c)* que cada poder (grupo de órganos) fuese independiente del otro a fin de garantizar una autonomía real y operativa; *d)* que los actos de cada función revistan una forma “típica”, y *e)* que los actos de cada función tuviesen particular “eficacia”, conexas al fin a ella asignado. En realidad, esta separación rígida no parecía posible, porque se dieron interferencias entre los poderes y contaminaciones respecto a los actos adoptables y a sus formas (por ejemplo, actos sustancialmente normativos del Ejecutivo; actos sustancialmente administrativos del Legislativo y del jurisdiccional). Por otra parte, debe precisarse que algunas funciones públicas fundamentales como la constituyente, la de

revisión y la de gobierno (o de dirección política) al principio no se consideraron.

La *motivación garantista* del principio de separación entre los tres “poderes” del Estado (que tocaba sólo a la organización de la cúspide) se hizo valer a través de otros criterios de especificación y distribución del poder político en el cuadro de los ordenamientos estatales. En las relaciones entre Estado y comunidad, para tutelar a las comunidades territoriales menores, se estableció un principio de distribución espacial del poder político entre el centro y la periferia (Estado federal). En las relaciones entre Estado y comunidad se separó la disciplina de los intereses religiosos de la global de los intereses políticos (separación Estado-Iglesia). En las relaciones dentro de la estructura del Estado-aparato se separó la esfera de facultades de los órganos de dirección política (Parlamento-gobierno) de las atribuciones de los órganos de actuación de la dirección (administración pública), estableciéndose una supraordenación de la primera respecto de la segunda. En este cuadro adquirió importancia fundamental la reconducción al ámbito de la administración del aparato titular de las fuerzas armadas (separación poder civil-poder militar).

II. LA SEPARACIÓN ENTRE LEGISLATIVO Y EJECUTIVO Y SU EVOLUCIÓN. LA FUNCIÓN DE OPOSICIÓN Y LA SEPARACIÓN ENTRE OPOSICIÓN Y MAYORÍA

La separación entre Legislativo y Ejecutivo fue teorizada según la perspectiva de la limitación del poder absoluto del soberano: la asamblea adoptaría las leyes y además limitaría al órgano que debía ejecutarlas, es decir, el “Ejecutivo” de confianza regia. La contraposición del órgano parlamentario, entendido unitariamente, al órgano de gobierno presupone una conexión entre dos órganos apoyados en fuerzas sociales y políticas distintas y contrapuestas, y la diferenciación de las funciones atribuidas a los dos órganos respondía a una exigencia de equilibrio de tales fuerzas para la gestión del poder estatal. En particular, el *dualismo Parlamento-gobierno* constituía el presupuesto real e indispensable de la teoría de los controles parlamentarios sobre el Ejecutivo.

Los *partidos*, que caracterizan la democracia de masas, han producido una revisión radical de tal esquema consolidando la *superación del prin-*

cipio de separación tal como se concibió originariamente, anulando la identificación entre cierto tipo de órgano constitucional y ciertas fuerzas sociales, haciendo compatible la presencia de algunas de éstas contemporáneamente en el gobierno y en el Parlamento. Así se supera la estructura rígidamente dualista de las relaciones Parlamento-gobierno: si bien desde un *punto de vista organizativo* estos últimos continúan siendo órganos netamente distintos, desde el *punto de vista funcional* a menudo se intercambian, como lo demuestra, para dar ejemplos notorios, por una parte el extenso fenómeno de la administrativización de la ley y, de otro, la transformación de la ley en instrumento de acción gubernativa. Por esto algunos enfatizan sobre la naturaleza sustancialmente monista de las relaciones Parlamento-gobierno (o mejor: mayoría parlamentaria-gobierno). La manifiesta “simbiosis” entre Parlamento y gobierno significa la superación de la hipótesis de la separación de poderes tradicionalmente entendida, quitando al Parlamento, en cuanto unidad homogénea, el papel de principal controlador de la actividad del Ejecutivo.

La *reformulación de la función de control del Legislativo*, en el sentido indicado, no supone, sin embargo, que el Ejecutivo quede como poder exento de controles. La conciliación entre los ideales democráticos y las formas de gobierno parlamentario, en la medida que permite a los partidos una conexión con los órganos del Estado-aparato, así transfiere a los enlaces interorgánicos constitucionales las relaciones competitivas y colaboradoras que corren entre las fuerzas políticas que caracterizan al Estado-comunidad. Los partidos de mayoría, aparte de estar representados en el Parlamento, están ligados al órgano de gobierno y mediante éste ejercen el núcleo esencial de los poderes estatales de dirección; los partidos de la minoría se enlazan sólo con el órgano parlamentario y mediante éste pueden controlar la dirección gubernamental.

Se ha producido, pues, un *nuevo dualismo funcional* que contempla como polos de la relación de control, por una parte, a los partidos de la minoría que se expresan en la *oposición parlamentaria*, y por otra, un partido de la mayoría, o una coalición mayoritaria, que se manifiesta en la *mayoría parlamentaria* y en el *gobierno*. Desde esta perspectiva el principio de la separación de poderes asume un aspecto completamente diverso del tradicional: la máxima garantía consistente en el control interpoder entre el Legislativo y el Ejecutivo se ha transformado en la ofrecida por el control ejercido por las minorías de la oposición sobre la mayoría. Tal conclusión es válida incluso si bajo el *perfil organizativo* no se

ha institucionalizado la oposición como un órgano independiente, mientras que la mayoría ha hecho del gobierno su órgano.

En cambio, desde el punto de vista funcional, la individuación de la *función de dirección política* como expresión típica del nexo mayoría parlamentaria-gobierno tiene en cuenta esta realidad. Un paso ulterior conduce a dilucidar sobre la *función de oposición* típica de las fuerzas de la minoría parlamentaria.

La *función de oposición* desempeña un papel central en la concepción del Estado liberal.

Es de observar que una forma primordial de oposición es el “disenso” de la dirección política que compromete a la colectividad estatal. En los ordenamientos políticamente homogéneos del periodo absolutista se exigía una lealtad incondicionada al poder constituido, y el hecho de no adecuarse a la decisión política, por no hablar de las actitudes críticas u opuestas, se consideraba como un atentado a la homogeneidad política de la organización estatal y se reprimía con penas muy duras. El paso de una situación negativa de disenso a otra activa de oposición se dio con el intento de limitar el poder gubernativo proponiendo modificaciones a las decisiones de la dirección (*oposición-límite*). El fenómeno tiene relación con la afirmación del gobierno parlamentario en Inglaterra en 1700. En tal periodo, los grupos minoritarios comenzaron a condicionar al ministerio contestando algunas decisiones y afirmando que obraban para garantizar el respeto de la Constitución en interés de la Corona (*oposición constitucional*); sucesivamente, se afirmó la posibilidad, asegurada constitucionalmente por vía consuetudinaria, de añadir a las críticas auténticas propuestas alternativas, hasta llegar a presentar programas sustitutivos de gobierno. En el ordenamiento bipartidista inglés tal situación tuvo particular significado, en cuanto que el notable grado de homogeneidad política y, por tanto, la alternancia entre los dos partidos mayores introdujeron (desde la primera mitad de 1800) una concreta posibilidad de rotación cíclica de la mayoría (*oposición alternativa*); la posible producción de una rotación de la mayoría, con el paso repetido de los dos mayores partidos en las recíprocas posiciones constitucionales de gobierno y de oposición, determina que tanto la oposición como el gobierno sean sensibles al juicio del electorado. En consecuencia, sus programas están condicionados por el control popular, así como por la probabilidad de su futura realización como programas de gobierno cuando se obtenga la mayoría de los sufragios (*oposición responsable*).

En los demás ordenamientos liberales se fue consolidando el principio de la esencialidad de la oposición parlamentaria como réplica dialéctica de la mayoría gubernamental a la que compete discutir, obstaculizar, censurar, según modalidades previamente acordadas, las iniciativas del gobierno. La oposición, aunque limitada por los márgenes fijados de aceptación de la Constitución, se consideró indispensable porque ejercía una función de moderación y de mejoramiento objetivo respecto a las direcciones de la mayoría, y además no implicaría tan sólo una forma de garantía de las minorías, sino de la misma Constitución y, por tanto, de la totalidad de las fuerzas políticas (*oposición como garantía*).

No obstante el amplio acuerdo sobre las virtudes del gobierno democrático, caracterizado por el continuo debate político, condición para la supervivencia de las instituciones libres, la concepción citada de la oposición termina por enfatizar su carácter *instrumental* para el funcionamiento correcto de la Constitución liberal, interpretada como régimen de una mayoría parlamentaria permanente e inamovible, pero controlable y mejorable en virtud del contraste continuo de las críticas de una minoría a menudo condenada al papel de minoría permanente.

De todo lo dicho resulta que no es posible comprender la función de los Parlamentos en los ordenamientos de los Estados de “democracia liberal” si no se conoce claramente el régimen de la oposición. Se ha citado ya la atribución de los poderes de dirección al Ejecutivo, fiduciario de la mayoría, justificada por su idoneidad estructural y funcional, que halla un límite en la exigencia de tutela de las minorías no presentes en el gobierno pero con sede natural en el órgano asambleario. Por eso antes subrayamos que la *separación entre el Legislativo y el Ejecutivo* tiene, entre otras, justificación segura en la exigencia de la *garantía de las minorías*, que se transforman en los titulares más importantes del poder de inspección y control político frente al Ejecutivo y comportan la permanencia de una *estructura dualista* que sustituya la tradicional basada sobre el gobierno y el Parlamento.

No obstante la conexión ofrecida por el común componente partidario, el Ejecutivo —o mejor, la parte del mismo que en los ejecutivos dualistas es titular de los poderes activos de dirección— se pone como entidad organizada distinta a la asamblearia, formada por dos *componentes diferenciados profundamente entre sí: la mayoría y la minoría de oposición*. Respecto a la primera el gobierno asume la función de “comité directivo” ligado por la relación fiduciaria. La homogeneidad política crea,

ciertamente, una “armonía de dirección política” entre mayoría y gobierno, pero sobre todo tiende a concentrar en el órgano restringido de la mayoría (gobierno) el ejercicio del poder político, confinando el elemento asambleario de la mayoría al papel de colaborador en la realización del programa gubernamental después de la manifestación determinante y preliminar del consentimiento sobre la dirección y salvando siempre la revocación del mandato fiduciario. Respecto a la segunda, el gobierno asume la función de *polo constante de referencia de la inspección política* en función del control que tiende, en última instancia, a la rotación de la mayoría existente

La profunda diferenciación connatural a la articulación del organismo parlamentario induce a distinguir la función de la mayoría de la correspondiente a la minoría opositora, siempre que se refiera a la titularidad de las atribuciones de dirección. En efecto, las atribuciones conexas a la dirección en sentido estricto son seguramente propias de la mayoría y tienen diverso relieve según que se refieran al momento inicial de la aprobación del programa de gobierno o al resolutivo de la revocación de la confianza —en el que la dirección de la mayoría asamblearia, si bien por motivos íntimamente diversos, prevalece respecto a la gubernamental—, o a la fase, en general prolongada de modo continuo en el tiempo, en la cual un gobierno está en función —en la que la función de la mayoría por lo general aparece subordinada o como colaboradora respecto al desarrollo de la dirección gubernativa—. Las atribuciones propias de la minoría opositora tienen como fin principal incidir sobre la dirección de la mayoría para provocar su sustitución por otra en la que la minoría misma asuma una función determinante saliendo de su situación de oposición. Si la función de la oposición consiste en provocar la rotación de la mayoría, su acción respecto a la dirección de la mayoría sería difícilmente de tipo colaborador; de aquí el carácter peculiar que asume la función inspectiva y de control de la oposición, que siempre está encaminada, en última instancia, al cambio de la mayoría a otra nueva y distinta, mientras que la función inspectiva y de control de la mayoría apunta a verificar constantemente la permanencia de la correspondencia entre gobierno y mayoría, y provocar, eventualmente, la sustitución del primero con otro gobierno que sea del agrado de la misma mayoría.

Con estas aclaraciones ahora puede entenderse cómo cuando se hace referencia a la función del Legislativo en materia de la dirección se alude, implícitamente, a las facultades de la mayoría parlamentaria, quedan-

do en la sombra el papel condicionante e influyente que cumple la minoría opositora. En efecto, sólo la acción de la primera puede, por lo regular, expresarse como dirección política (de la mayoría), sea porque asume una función primaria respecto a la acción gubernativa, como en el caso de concesión de la confianza, sea una función secundaria, como ocurre generalmente en la mayoría de los casos en que se presenta un aspecto principalmente de colaboración. En cambio, la acción de la segunda, exceptuando las hipótesis en que se verifica una convergencia ocasional y circunscrita con la de la mayoría, no es capaz de emerger como orientación —al menos en el sentido en que ésta comúnmente se entiende—, y si tuviese que configurarse como tal, no podría dejar de individuarse un vuelco de la mayoría en favor de la oposición anterior, con el paso a la posición mayoritaria de las fuerzas políticas en un tiempo minoritarias.

III. INDEPENDENCIA DE LOS JUECES DEL PODER POLÍTICO

La función jurisdiccional se define como aquella actividad ejercida por un sujeto público en condiciones de independencia para asegurar la voluntad normativa de valorizar un caso concreto objeto de controversia entre dos o más partes, públicas y/o privadas, con el fin de eliminar las incertidumbres surgidas en el ámbito de aplicación de las normas o de imponer las sanciones previstas por la comisión de ilícitos, para asegurar entonces la certeza del derecho y el restablecimiento del orden jurídico violado.

Con el principio de separación de los poderes se generó la necesidad de que los órganos investidos de la función jurisdiccional sean distintos de los titulares de la decisión política (el Poder Legislativo y el Ejecutivo): la presencia de jueces que tienden a ser independientes del poder político se considera, en efecto, un principio característico del Estado liberal. Sin embargo hay que señalar, luego de un mejor análisis, que los órganos jurisdiccionales pueden considerarse sólo en parte independientes del poder político, ya que, si bien se prohíben injerencias en el ejercicio de sus funciones con ocasión del examen de los casos concretos sometidos a juicio, al mismo tiempo no se excluye la subordinación de los jueces a las directrices políticas generales fijadas por la Constitución y por las leyes que deberán ser aplicadas.

Las diversas modalidades de garantía de la independencia varían de acuerdo al modelo organizativo de la actividad judicial escogida, refiriéndose particularmente a los criterios adoptados en la elección de los magistrados hasta llegar a distinguir entre el sistema llamado de selección política-profesional, vigente en los ordenamientos del *Common Law*, y los de selección burocrática, difundido en los ordenamientos del *Civil Law*.

Comenzando por los ordenamientos del *Common Law*, se puede decir que la independencia de los jueces se encuentra asegurada no sólo con fórmulas organizativas autónomas, sino también mediante la valorización de las capacidades profesionales precedentes, por la elevada preparación cultural y por el nexo socio-político con la colectividad; éstos son a la vez los requisitos fundamentales para su elección, la cual es realizada por los órganos de dirección política.

En Gran Bretaña el soberano nombra, mediante propuesta del primer ministro y una vez oído el *Lord Chancellor*, a los *Law Lords* y a los jueces de la *Court of Appeal*; a su vez el *Lord Chancellor* nombra a los jueces de la *High Court*, el *Circuit judges*, los *recorders*, los llamados jueces “*stipendiary*” y, con la indicación de los comités locales, nombra a los jueces de paz. Cada corte es dotada de autonomía administrativa y financiera para administrar los fondos y el personal ejecutivo que le ha sido asignado por el *Department* dirigido por el *Lord Chancellor*.

Los criterios seguidos por el poder político para la elección de los jueces, aunque no sean caracterizados, sin embargo responden a la exigencia de permitir el acceso a las actividades jurisdiccionales sólo a los sujetos dotados de un seguro profesionalismo técnico que se reconocen en los valores sociales consolidados, creando así una clase de jueces cultural y socialmente homogénea. Así, por ejemplo, aproximadamente 110 de los *superior judges* (es decir, de los miembros de la Corte de Apelación, del *Judicial Committee*, del *House of Lords*, el *Lord Chief Justice*, etcétera) son escogidos solamente de entre 4000 *barristers*, y, como se desprende de un estudio muy cuidadoso, el 75% de los jueces procede de clases superiores y el 76% de ellos ha estudiado en Cambridge o en Oxford.

El régimen de responsabilidad disciplinaria puede padecer diversas formas de control del poder político, distinguiendo así la situación en que se hallan los jueces superiores respecto a aquella de los demás jueces. Los primeros (es decir, los jueces de la *High Court*, del *Court of*

Appeal y los *Law Lords*), nombrados de por vida, pueden ser removidos, teóricamente, sólo mediante disposición del soberano, previa solicitud de ambas cámaras, en los casos, bastante genéricos, de mala conducta: tal procedimiento (*removal*) se caracteriza, pues, en la praxis como un instrumento de cobertura de los jueces superiores. Los segundos están sujetos al poder de control disciplinario por parte del *Lord Chancellor*, que puede solicitar al soberano la destitución de los *stipendiary magistrates* y remover directamente a los *Circuit judges* y a los jueces de paz por motivos de incapacidad o mala conducta.

Por cuanto concierne, en particular, al sector de la justicia penal hay que recordar que en el ordenamiento británico, inspirado en el principio de la absoluta paridad procesal entre la acusación y la defensa, la acción penal es ejercida, discrecionalmente, no sólo por los sujetos privados ofendidos por el delito sino también por los diversos funcionarios administrativos según el tipo de delito (para los delitos menores, los funcionarios de policía dirigidos por el *Chief Constable* en cada distrito; para los delitos más graves, el *Director of public prosecutions* que dirige el *Crown Prosecution Service* distribuido territorialmente en 31 secciones), que actúan (personalmente o mediante legales del foro libre) de modo autónomo bajo la vigilancia del *Attorney General*, supremo *Law Officer of the Crown* políticamente responsable ante la Cámara de los Comunes, que representa a la Corona en los procesos por determinados delitos de naturaleza política; éste expresa el consentimiento para la posibilidad de procesar algunos delitos y tiene, en general, el poder de cesar mediante fallo, el “*nolle prosequi*”, cualquier proceso penal iniciado con el procedimiento formal ante la Corte de jurados.

En los Estados Unidos se distingue el régimen jurídico de los jueces federales del régimen de los jueces estatales. Los primeros son nombrados de por vida por el presidente con el *advice and consent* del Senado (artículo II, parágrafo 2 de la Constitución), sobre la base de consideraciones no sólo técnico-profesionales sino también políticas. Entre los jueces federales, aquellos que pertenecen a la Corte Suprema gozan del privilegio de ser removidos sólo mediante acusación de la Cámara y con juicio del Senado, por razones únicamente de “*treason, bribery or other high crimes or misdemeanors*” (artículo II, sección 4 de la Constitución). Los demás jueces, luego de la entrada en vigor del *Judicial Council Reform and Judicial Conduct and Disability Act*, de 1980, son responsables

también por conductas que puedan perjudicar la eficiente y rápida administración de justicia o por la incapacidad física o mental para ejercer sus propias funciones. En estos casos son juzgados por el *Judicial Council*, que es el órgano de autogobierno del circuito (unidad organizativa de base) compuesto por magistrados nombrados por el presidente de la Corte de Apelación.

Los jueces estatales son elegidos directamente por el pueblo, así pues, están legitimados democráticamente para el ejercicio de la función jurisdiccional a través de diversos métodos: la "*partisan election*", cuando los candidatos son presentados al cuerpo electoral por los partidos; la elección denominada "*non partisan*", cuando, por lo menos formalmente, los candidatos se presentan por su misma iniciativa, buscando un apoyo libre de las fuerzas sociales; el *merit plan*, o sea la selección preventiva por parte de comisiones idóneas, compuestas por juristas escogidos por los órdenes profesionales y por los exponentes del partido, que proponen ternas al gobernador del estado competente para efectuar los nombramientos, que sucesivamente son sometidos al voto popular para su confirmación. De los diversos métodos de elección resulta que el juez estatal, si bien es considerado neutral con respecto a los intereses en causa, en realidad es, en sustancia, sujeto al juicio político del cuerpo electoral.

En el ordenamiento estadounidense la acción penal es ejercida de manera discrecional por los *prosecutors*, que son funcionarios públicos reclutados mediante mecanismos típicamente políticos. La represión de los delitos federales está reservada a los *United States Attorneys*, nombrados entre los abogados del distrito, a propuesta del *Attorney General* (que dirige el *Department of Justice*), por el presidente de los Estados Unidos y con ratificación del Senado. Los *United States Attorneys* duran cuatro años en el ejercicio de sus funciones, a menos que no sean removidos anticipadamente por el presidente de los Estados Unidos; y son apoyados por asistentes que son propuestos por estos mismos y nombrados por el *Attorney General*. La represión de los delitos estatales compete al *District Attorneys*, que son individuados en la mayoría de los estados con sistemas electivos análogos a los de los jueces; en otros estados mediante nombramiento del gobernador (New Jersey) o del *Attorney General* estatal (Alaska, Delaware y Rhode Island) o por un órgano judicial idóneo (Connecticut). También los *District Attorneys* estatales pueden ser asesorados por un número variable de asistentes reclutados por ellos mismos.

A diferencia de los ordenamientos del *Common Law*, que siguen un modelo caracterizado por la tendencia a exaltar al máximo el profesionalismo de los sujetos investidos de la función judicial y por la ausencia de una estructura administrativa, otros ordenamientos, y especialmente los europeos continentales, reciben el influjo del ejemplo burocrático de derivación francés. Éste se distingue por la presencia de magistrados “funcionarios”, nombrados por el Poder Ejecutivo, por lo general, previo concurso público, que hacen parte de una carrera idónea, destinados a ejercer sus propias funciones hasta una cierta edad con la garantía de ser inamovibles, y sometidos a un gobierno administrativo y disciplinario diverso del de los otros dependientes públicos, sobre todo por la intervención de organismos idóneos expresos, al menos en parte, del mismo cuerpo de los magistrados, que sirven para delimitar las posibilidades de acción en materia del Ejecutivo en modo de fortalecer la autonomía y la independencia de los magistrados respecto al poder político en el ejercicio de las actividades jurisdiccionales.

En Francia las funciones jurisdiccionales en los sectores del derecho civil y del derecho penal son ejercidas por funcionarios públicos que hacen parte del cuerpo judicial, el cual está ordenado jerárquicamente por grados, comprende tanto magistrados juzgantes (*siège*) (llamados juzgadores en México) como magistrados requirentes (*parquet*), y que a la vez forma parte de la organización administrativa más amplia dirigida por el ministro de justicia, al cual en particular compete establecer el reclutamiento, la formación, las promociones y la vigilancia de los magistrados ordinarios en los límites establecidos por la ley.

Si bien hace parte del mismo cuerpo, el régimen jurídico de los *magistrats du siège* es bien diverso del régimen de los *magistrats du parquet*, porque mientras los primeros son absolutamente autónomos del poder político en el ejercicio de las funciones juzgantes así como de gozar de la garantía de la inamovilidad (en el sentido de que no pueden recibir, sin su consentimiento, una asignación nueva aunque sea en ascenso), los segundos, como representantes del Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial, se encuentran sometidos a la dirección y al control de sus propios jefes jerárquicos y bajo la autoridad del ministro de Justicia (ordenanza núm. 58-1270 del 22 de diciembre de 1958) si bien en desarrollo de las funciones delicadas que fiscalizan el ejercicio discrecional de la acción penal. Y para fortalecer la subordinación del Ministerio Público al Poder Ejecutivo, se establece que el ministro de justicia tiene el poder de impo-

ner sanciones disciplinarias a los *magistrats du parquet*, una vez adquirido el parecer de comisiones consultivas idóneas de primer y de segundo grado.

Con el fin de preservar el ejercicio imparcial de las funciones juzgantes, el artículo 64 de la Constitución de 1958 proclama que el presidente de la República, asistido por el Consejo Superior de la Magistratura, es garante de la independencia de la autoridad judicial, cuyo estatuto se define por una ley orgánica apropiada (actualmente: *Statut de la Magistrature* contenido en la ordenanza núm. 58-1270 del 22 de diciembre de 1958).

El artículo 65 de la Constitución de 1958, reformado el 27 de julio de 1993, establece que el Consejo Superior de la Magistratura es presidido por el presidente de la República, mientras el ministro de justicia es por derecho el vicepresidente.

Además, la misma disposición prevé una doble articulación del órgano, estableciendo que el Consejo Superior de la Magistratura comprende dos secciones, una competente para los magistrados que juzgan, y la otra para los jueces de la fiscalía.

La introducción de una sección adecuada del Consejo Superior para los magistrados del Ministerio Público no significa sin embargo su equiparación al *status* jurídico de los jueces que juzgan, según lo evidenciado por la disciplina constitucional de las dos secciones.

La sección competente para los magistrados que juzgan comprende, además del presidente de la República y del ministro de justicia, cinco magistrados que juzgan y un juez de la fiscalía, un consejero de Estado, designado por el Consejo de Estado, y tres personalidades que no pertenecen ni al Parlamento ni al orden judicial, designadas por el presidente de la República, por el presidente de la Asamblea nacional y por el presidente del Senado, respectivamente.

La sección del Consejo Superior de la Magistratura competente para los magistrados que juzgan es titular de importantes funciones: formula las propuestas para los nombramientos de los magistrados que juzgan en la Corte de Casación, del primer presidente de la Corte de Apelación y del presidente de tribunal, mientras los demás magistrados que juzgan son nombrados de acuerdo con su parecer.

Menos penetrantes son los poderes conferidos a la sección competente para los jueces de la fiscalía, la cual comprende, además del presidente de la República y del ministro de justicia, cinco jueces de la fiscalía y un

magistrado que juzga, el consejero de Estado y las tres personalidades ya citadas.

La sección del Consejo Superior de la Magistratura competente para los jueces de la fiscalía da su propio parecer no vinculante sobre los nombramientos relativos a los jueces de la fiscalía, mientras se excluye del todo en el procedimiento para la asignación de los encargos establecidos en el Consejo de Ministros (se trata de los nombramientos del vértice, como en el caso, por ejemplo, para cubrir el cargo de procurador general).

En lo que concierne a la titularidad del poder disciplinario es necesario establecer la siguiente distinción: ésta corresponde a los magistrados y a la sección competente del Consejo Superior que, en tal caso, es presidida por el primer presidente de la Corte de Casación (artículo 65, 6).

Por el contrario, con referencia a los jueces de la fiscalía, la sección correspondiente del Consejo Superior dispone de un poder consultivo, dando el propio parecer no vinculante sobre las sanciones disciplinarias establecidas por el ministro de justicia, y que se refieren a los jueces de la fiscalía: en este caso, la sección es presidida por el procurador general ante la Corte de Casación (artículo 65, 8).

El ordenamiento judicial previsto por la Constitución italiana es una forma peculiar de racionalización del modelo burocrático de derivación francés, que con la intención de asegurar el desarrollo imparcial de la jurisdicción ha instituido un cuerpo único de magistrados competentes para las controversias civiles y penales, sometidos exclusivamente a la ley, sea que ejerzan funciones juzgantes, estableciendo que “los jueces se someten sólo a la ley” (artículo 101), sea que ejerzan funciones requirientes, afirmando que “el Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal” (artículo 112) en los casos taxativamente previstos por la ley (artículo 25). Y precisamente, con el fin de asegurar la actuación independiente de la justicia para garantizar mejor las libertades de los ciudadanos, los magistrados ordinarios, instituidos y regulados por la ley sobre el ordenamiento judicial, son encuadrados, con la garantía de la inamovilidad y sin vínculo jerárquico alguno (artículo 107), en un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder (artículo 104, 1), gobernado por el Consejo Superior de la Magistratura.

El Consejo Superior de la Magistratura, con base en la regulación actualmente vigente (ley 195 de 1958, Decreto del presidente de la República núm. 916 de 1958, ley 74 de 1990), está compuesto por tres miem-

bros por derecho, es decir, por el presidente de la República que lo preside como representante de la unidad nacional, el primer presidente y el procurador general de la Corte de Casación, que intervienen en representación del órgano que se encuentra en el vértice funcional del orden judicial, y por treinta miembros electivos nombrados por cuatro años y que no pueden ser reelegidos inmediatamente, así como no pueden inscribirse en los colegios o registros profesionales mientras se encuentren ejerciendo el cargo ni pueden ser miembros del Parlamento o de un consejo regional. Éstos son elegidos por una tercera parte de los miembros del Parlamento en sesión plenaria con mayoría calificada entre los profesores universitarios de materias jurídicas y entre los abogados que hayan ejercido la profesión por más de quince años, en modo de asegurar el vínculo de la magistratura al órgano dotado de representación política primario, y las dos terceras partes restantes por todos los magistrados ordinarios entre los que pertenecen a las varias categorías. El sistema electoral, originalmente de tipo proporcional por listas concurrentes, después de la modificación introducida por la ley núm. 44 de 2002, está ahora así caracterizado: *a)* en un colegio único nacional, por dos magistrados que ejercitan las funciones de legitimación en la Corte Suprema de Casación y en la Procuraduría General de la misma Corte; *b)* en un colegio único nacional, por cuatro magistrados que ejercitan las funciones de Ministerio Público; *c)* en un colegio único nacional, por diez magistrados que ejercitan las funciones de juez en los juzgados correspondientes. Posteriormente, el colegio elige después entre los miembros designados por el Parlamento al vicepresidente.

El Consejo Superior de la Magistratura ejerce los poderes de gobierno de la magistratura ordinaria previstos por la ley adoptando disposiciones referidas al *status* de los magistrados en materia de contrataciones por concurso público, asignaciones, traslados, promociones y medidas disciplinarias (artículo 105 de la Constitución); designación por méritos al cargo de consejero de casación entre los profesores universitarios de materias jurídicas y abogados que lleven ejerciendo la profesión por quince años y que se encuentren inscritos en los colegios o círculos especiales para las jurisdicciones superiores (artículo 106, 2 de la Constitución); exención, suspensión del servicio y transferencias de sede o de funciones (artículo 106, 3 de la Constitución). De este modo, el Consejo Superior de la Magistratura asume la función de vértice organizativo de la magistratura ordinaria, competente para tutelar la autonomía y la independen-

cia del orden judicial frente a los demás poderes, y está habilitado para formular propuestas al Ejecutivo sobre cualquier materia referente a la organización y al funcionamiento de los servicios judiciales, para expresar pareceres o conceptos sobre los proyectos de ley referentes al ordenamiento judicial y a la administración de la justicia y para presentar al Parlamento informes sobre la situación de la justicia. Para efectos de la definición constitucional sobre los poderes del Consejo Superior de la Magistratura, al ministro de justicia competen poderes residuales para promover, en los casos previstos por la ley, la acción disciplinaria contra los magistrados, cuando lo considere oportuno, y de disponer sobre la organización y el funcionamiento de los servicios relativos a la justicia (artículos 107 y 110 de la Constitución).

Así pues, resulta evidente que para el ordenamiento constitucional italiano la administración de la justicia ordinaria se distribuye, por una parte, entre el gobierno de la magistratura y, por la otra, en la organización de los servicios y de los despachos judiciales, ejercida por el Consejo Superior de la Magistratura y por el ministro de justicia, respectivamente, mediante formas procesales encaminadas a asegurar una colaboración recíproca y leal en la persecución de las finalidades asignadas; es decir, para el primero, garantizar la independencia y la autonomía de la magistratura, y para el segundo, responsable políticamente ante el Parlamento, asegurar el cabal funcionamiento y la imparcialidad del servicio público de administrar justicia.

Algunos aspectos originales que merecen atención se encuentran en el modelo judicial español. La Constitución de 1978 califica al Poder Judicial como una expresión directa de la soberanía popular, compuesto por magistrados independientes, inamovibles y sometidos exclusivamente a la ley en el ejercicio tanto de las funciones jurisdiccionales en sentido estricto, es decir las de juzgar, de las cuales se afirma también la unicidad y la exclusividad, entendida como poder de juzgar y de hacer valer la sentencia como cosa juzgada en los diversos sectores del derecho civil, penal, laboral y administrativo, como de las requirentes, que son desempeñadas principalmente por el Ministerio Público con el fin de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, defensa de los derechos de los ciudadanos y defensa del interés público tutelado por la ley, vigilar la independencia de los tribunales y procurar la satisfacción del interés social (artículos 117 y 124).

Con el fin de garantizar la independencia y la autonomía entre la magistratura y los demás poderes en general, y en particular entre ésta y el Ejecutivo, que en la época franquista había condicionado al Poder Judicial, el artículo 122 de la Constitución crea el *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) como órgano de gobierno de la magistratura, compuesto por el presidente del Tribunal Supremo (investido de la presidencia) y por veinte miembros que, con fundamento en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 1o. de julio de 1985, son nombrados por el rey por un periodo de cinco años, a propuesta (con la mayoría mínima de las tres quintas partes de los miembros) del Congreso de Diputados y del Senado, y de los cuales doce deben ser magistrados escogidos entre todas las categorías judiciales y ocho abogados y juristas de reconocida competencia con más de quince años de experiencia en el ejercicio de la profesión. De este modo se quiso desarrollar el principio según el cual la justicia emana del pueblo, hasta el punto de provocar el nombramiento de los miembros del órgano de gobierno de la magistratura sólo del Parlamento, en cuanto único órgano dotado de representación política primaria.

En aplicación de la reserva contenida en el párrafo 2 del artículo 122 de la Constitución, la Ley Orgánica en mención, integrando y modificando la precedente ley núm. 1 de 1980, definió perfectamente las funciones del Consejo, que son deliberadoras en materia de *status* jurídico de los magistrados (nombramiento mediante concurso, libre o de mérito, es decir, reservado a juristas de reconocida experiencia; promociones; control y régimen disciplinario) y consultivas en materia de organización judicial, legislación procesal y penitenciaria, al punto que al ministerio de justicia se reservó la tarea de proporcionar los medios (humanos y materiales) necesarios para el desenvolvimiento eficiente en condiciones de plena autonomía de la función jurisdiccional, con facultad del ministro para transferir a las regiones autónomas tal atribución.

Con el fin de fortalecer su función en la construcción de un ordenamiento democrático, se le reconocen al CGPJ, además, algunas atribuciones de gran importancia, como: *a)* legitimación para promover ante el Tribunal Constitucional un conflicto de competencia frente al gobierno, al Congreso de Diputados o al Senado; *b)* designación (sometida a ratificación del jefe del gobierno) para el nombramiento real del presidente del Tribunal Supremo y de dos miembros del Tribunal Constitucional. En fin, es interesante observar que el Consejo está sujeto al control directo de las cámaras, a las cuales informa anualmente sobre la actividad

llevada a cabo mediante un informe que es objeto de debate en presencia del presidente del CGPJ, quien debe responder a las posibles interpelaciones o mociones que se presenten, pero que no revisten nunca la forma de una auténtica moción de censura: los miembros del Consejo pueden ser removidos de sus cargos solamente por causas taxativamente previstas (vencimiento del mandato, dimisiones, incapacidad, incompatibilidad o grave inobservancia del ejercicio de las funciones), las cuales son confirmadas por la asamblea a la cual pertenezcan mediante mayoría de las tres quintas partes de los miembros.

Un problema bastante conocido en los Estados de derivación liberal lo constituye la posibilidad de impugnar en sede jurisdiccional las decisiones adoptadas por el poder político mediante actos del Ejecutivo o del Legislativo. A propósito de cuanto dicho, hay que mencionar que existen algunos asuntos importantes relacionados con los intereses fundamentales del Estado, que implican un alto grado de discrecionalidad política y que no se prestan a ser vinculados por normas y a ser sucesivamente controlados por un juez en caso de controversia que los comprometa (por ejemplo, todos los asuntos relativos a la seguridad y a su tutela en el ámbito interno e internacional).

La consagración del principio del *control jurisdiccional de los actos autoritativos de la administración pública* no ha sido siempre fácil, por lo cual hay que señalar una distinción importante entre la tendencia seguida por los ordenamientos del *Common Law* y la seguida por los del *Civil Law*. En líneas generales, tradicionalmente se afirma que el control jurisdiccional de los actos de la administración pública no encuentra obstáculos en los ordenamientos anglosajones (del *Common Law*, caracterizados por un desarrollo que se basa en precedentes judiciales), en los cuales los órganos estatales se colocan frente a los jueces sin gozar de privilegios particulares con respecto a los demás sujetos de derecho.

En Gran Bretaña no existe un orden separado de jueces administrativos, y la actividad de la administración es controlada por el juez ordinario, frente al cual la administración pública se halla en una posición similar de aquella en la que se encuentra un sujeto de derecho privado. En efecto, en el ordenamiento inglés no existe contraposición, propia de los ordenamientos continentales, entre acto administrativo y acto negocial de derecho privado, así como no existe contraposición entre intereses legítimos y derechos subjetivos, ni contraposición entre jurisdicción administrativa y ordinaria. Los actos de la administración, al igual que los de

los sujetos privados, son sometidos al régimen del *Common Law* y, por ende, al control del juez ordinario (*judicial review*). El juez adopta con respecto a la administración providencias (*prerogative orders*) que contienen la anulación de los actos, la inhibición de determinadas actividades y la orden de ciertos comportamientos. A menudo, la intervención del juez tiene lugar luego de la labor de los órganos administrativos contenciosos (*tribunals, commissions, boards*). En particular hay que subrayar que los *administrative tribunals* son autoridades administrativas previstas por normas de ley del Parlamento que actúan también con relación a los privados, por medio de modalidades contenciosas, pero no hacen parte de la estructura jurisdiccional: sus actos son controlables por el juez ordinario al igual que los de las otras administraciones centrales y locales.

Se pueden realizar consideraciones similares para los ordenamientos que son un reflejo del modelo inglés y en particular para el de los Estados Unidos. En este último ordenamiento la expansión de las autoridades administrativas (*agencies, authorities, commissions, boards*) dotadas de competencias reglamentarias, decisorias y contenciosas, no excluye la continuidad de su acción en el ámbito de la reglamentación común y el control de sus actos por parte del juez ordinario (*judicial review*).

En cambio, en los ordenamientos continentales basados en la reglamentación escrita, una interpretación rígida del principio de separación sólo permite a los jueces ordinarios no dar curso a providencias que resulten diferentes o contrarias a las normas preexistentes. Por tanto, cuando se cuestiona una providencia administrativa ante los tribunales ordinarios no es posible impugnar directamente un acto contrario a una ley parlamentaria, sino únicamente elevar una excepción: en tal caso, si el juez reconoce la ilegitimidad, no aplica el acto. Si este procedimiento se sigue hasta llegar a las jurisdicciones supremas (cortes de casación) la desaplicación termina por generalizarse, si bien jurídicamente el acto no es anulado. En numerosos ordenamientos, entre ellos el italiano (artículo 103 de la Constitución) sobre el ejemplo francés, se introdujo así la petición *ad hoc* contra los actos ilegítimos ante los jueces expresamente constituidos mediante formas organizativas diversas de las de los jueces ordinarios, tomadas por lo general de la magistratura ordinaria y de la dirección estatal o por concurso público o por nombramiento gubernamental y dotados de una particular competencia de anulación del acto gubernativo y con exclusión tendencial de un control de mérito del mismo.

El control de los actos del gobierno por parte de los jueces, que se difundió en los Estados liberales a partir del siglo XIX, si bien con sus límites y con sus excepciones a favor de los actos “políticos” del gobierno, es, sin duda, un importante medio de control y de contención de los abusos de la administración pública con el fin de salvaguardar la esfera de autonomía y de libertad de los individuos. Obviamente la oportunidad de someter, también, la acción administrativa al control jurisdiccional hizo surgir rápidamente la exigencia de predisponer, en los diversos ordenamientos, mecanismos y estructuras idóneos para la consulta jurídica y la defensa técnico-legal de la administración-parte en el juicio, como por ejemplo la *Avvocatura dello Stato* (abogacía del Estado) en Italia, cuerpo de abogados al servicio de las administraciones estatales.

Otra clase de remedios, difundidos luego de la afirmación de los textos constitucionales orgánicos a finales del siglo XVIII y del arraigo de convicción de la superioridad de la Constitución respecto a las leyes ordinarias de los Parlamentos, es aquel que supone *un control de correspondencia entre la Constitución y las leyes del Parlamento*. La comprobación de la falta de conformidad de las leyes a la Constitución podía conducir a la desaplicación de la ley por parte del juez, remedio éste de carácter general, o incluso a su anulación. Esta última solución más avanzada comportaba instituir un tribunal superior dotado de una competencia particular: las cortes, o tribunales constitucionales, como aquellos introducidos en Checoslovaquia y Austria por las Constituciones de 1920. Igual resultado se obtenía en caso de que la decisión de inaplicabilidad fuera tomada en el vértice jerárquico de los jueces, ya que en este caso la desaplicación de normas de leyes inconstitucionales equivale a su anulación. Ésta es la experiencia de la Corte Suprema de Estados Unidos desde el siglo XIX (*cf.* primera parte, capítulo tercero, sección V, apartado VI).

SECCIÓN V

LA DISTRIBUCIÓN COLABORADORA DEL PODER ENTRE EL ENTE SOBERANO Y LOS ENTES AUTÓNOMOS

I. ESTADO Y AUTONOMÍAS. MODELO CONFEDERATIVO

En el Estado de derivación liberal la distribución del poder a nivel territorial entre ente-Estado y otras entidades dotadas de autonomía política asume una importancia particular. El fenómeno más significativo se verifica en los ordenamientos estatales formados por varios entes territoriales políticos en los cuales a la soberanía del ente-Estado se suma la institucionalización de esenciales formas de colaboración entre tal ente y los ulteriores entes políticos territoriales que lo forman. Tales Estados se definen, habitualmente, federales o regionales. Así pues, es esta solución original institucional la que se tratará enseguida. Sin embargo, el Estado federal no es la única expresión de formas de colaboración institucionalizadas que se reconducen, tradicionalmente, a la amplia matriz del federalismo. En efecto, junto a las soluciones federativas que son reguladas por el derecho constitucional de un determinado Estado y que individúan precisamente un Estado federal, existen soluciones federativas reglamentadas por el derecho internacional que identifican confederaciones de Estados. En ciertos casos, como en el de la Unión Europea, no resulta absolutamente fácil, por las razones que expondré sintéticamente, trazar una línea de demarcación entre la solución propiamente confederativa y la eventual consagración de un Estado federal europeo. Además, en la evolución histórica de algunos ordenamientos que seguramente expresan soluciones estatales federales se individúa con certeza una fase inicial confederativa regida por el derecho internacional.

En este orden de ideas se analizará a continuación tanto el concepto de confederación como el de Estado federal y regional.

1. *El modelo confederativo y su actualidad*

La confederación regida por el derecho internacional es un modelo utilizado hoy en día sobre todo para satisfacer las exigencias económicas de los Estados, y tal vez el caso más interesante y problemático lo ofrece la actual Unión Europea.

La federación o *confederación* (concepto que considero preferible) de Estados es una unión política entre Estados soberanos regulada, como ya se indicó, por el derecho internacional. Ésta se basa sobre un tratado que disciplina las finalidades que se relacionan en general a la satisfacción de intereses relativos, preponderantemente, a la defensa común y al mantenimiento de la paz entre los miembros, pero también a la satisfacción de exigencias comunes más amplias, como las económicas y las comerciales. De aquí la atribución a la confederación (sin embargo, no siempre en modo exclusivo, en cuanto pueden contemplarse atribuciones permanentes de los Estados miembros) del derecho de guerra y paz, de legación activa y pasiva, y de estipulación de los tratados.

La confederación concierne los Estados presentes en áreas regionales circunscritas y puede limitarse a los sujetos internacionales que la componen (cerrada) o se puede extender, con particulares procedimientos que garanticen los intereses de los Estados fundadores, a otros Estados (abierta): así, los *Articles of Confederation* de 1777 contemplaban expresamente la futura posible admisión de Canadá; la Unión de Utrecht de 1579 (artículo XI) y el *Schlussakt* de Viena de 1820 (artículo 4) subordinaban a la decisión unánime de los Estados la admisión de nuevos miembros en la confederación, mientras la confederación suiza se consideraba limitada a los territorios comprendidos en el área geográfica histórica de los cantones constituyentes.

La confederación es una unión *paritaria*, ya que los componentes mantienen la propia soberanía y se consideran iguales entre ellos. Entre las confederaciones más antiguas se tienen: Unión de Utrecht de 1579 (artículo 1); *Articles of Confederation* para los Estados Unidos, aprobados en 1777, ratificados en 1778 y con entrada en vigor en 1781 luego de la última ratificación (artículo 2); *Bundesvertrag* suizo de 1815 (artículo 1); *Bundesakt* alemán de 1815 (artículo 1, 2); *Constitution* de los Estados Confederados Americanos secesionistas de 1861 (preámbulo); todas estas disposiciones insistían en la perseverancia de la libertad, la soberanía y la independencia de los Estados confederados. Lo mismo su-

cede en las confederaciones más recientes, como la de Senegal y Gambia (Senegambia) del 17 de diciembre de 1981; la que resulta de algunos Estados que surgen de la disolución de la URSS (Comunidad de Estados Independientes, Tratado de Minsk del 8 de diciembre de 1991, artículo 7, 1; Declaración de Alma Ata del 21 de diciembre de 1991).

La confederación puede tener una subjetividad internacional propia. Está dotada de órganos propios, entre los cuales existe siempre un órgano colegiado (Dieta, Congreso, Consejo) en el que se encuentran presentes los representantes de los Estados participantes. Estos últimos obran como *delegados* de los Estados con instrucciones de los órganos constitucionales respectivos, siempre son revocables y disponen de un número de votos igual o a veces diferenciado con base en la diversa extensión territorial y en la consistencia de la población estatal (así, el *Bundesakt* alemán, artículos 4 y 6, establecía que los Estados federados podían disponer de uno a cuatro votos en la Dieta con funciones de asamblea general, mientras el Acuerdo Provisional relativo al Consejo de los Jefes de Estado y al Consejo de los Jefes de Gobierno de la Comunidad de Estudios Independientes del 30 de diciembre de 1991, prevé que cada Estado dispone de un solo voto y que las decisiones son asumidas con el consenso general: artículo 2).

Junto al órgano colegiado mencionado pueden hallarse órganos restringidos con la tarea de ejercer sus funciones durante el intervalo de las reuniones del primero (por ejemplo la Comisión prevista por los artículos de la Confederación para los Estados Unidos, artículo 9, sección 5 y artículo 10), o de todos modos, con la tarea de desempeñar funciones especiales que han sido requeridas por el órgano colegiado, entre las que resultan particularmente importantes las tareas relativas al guía militar de la confederación (como el comando unificado de las fuerzas estratégicas y el sistema de control único de las armas atómicas previsto por el Acuerdo entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes sobre las Fuerzas Estratégicas del 30 de diciembre de 1991, artículo 3). En la confederación norteamericana fue previsto también un organismo con atribuciones jurisdiccionales para juzgar sobre actos de piratería y delitos cometidos en el mar. Las determinaciones asumidas por el órgano colegiado vinculan a los Estados miembros, pero deben ser acogidas explícitamente por los órganos constitucionales respectivos.

Del tratado fundador y de las deliberaciones de los órganos confederales no derivan, por lo general, vínculos inmediatos para los ciudadanos

de los Estados participantes, que permanecen jurídicamente vinculados a los preceptos del propio ordenamiento al cual pertenecen (el artículo XXIII de la Unión de Utrecht entre las provincias holandesas de 1579 preveía sin embargo la vinculabilidad y sancionabilidad inmediata y directa de la normativa de la Unión). No parece existir, pues, una ciudadanía confederal.

La figura organizativa de la confederación ha tenido un papel significativo en los siglos pasados, como lo demuestran los ejemplos históricos más conocidos y estudiados (Unión de Utrecht, confederación norteamericana, alemana y suiza). Así pues, numerosas experiencias se remontan al esquema de la confederación. Se puede recordar la Confederación granadina (1858), que se transforma sucesivamente en los Estados Unidos de Nueva Granada (1861) y en los Estados Unidos de Colombia (1863); la confederación entre los Países Bajos e Indonesia (1949); la Comunidad francesa (1958); la Unión de las Repúblicas de África Central (1960); la Federación entre Senegal y Gambia (Senegambia: 1981); las confederaciones entre Estados árabes (Jordania e Irak, 1958; República Árabe Unida y Yemen, 1958; Siria, Líbano y Egipto, 1971; Emiratos Árabes Unidos, 1971). En tiempos más recientes la disolución del sistema político de los Estados monopartidistas inspirados en la ideología marxista-leninista llevó a proyectar confederaciones sustitutivas de Estados denominados “federales” (pero en realidad caracterizados por un poder central particularmente fuerte y por el simple reconocimiento de garantías para las etnias diversificadas que se encuentren presentes dentro los límites de su territorio) (véase tercera parte, capítulo primero, sección II, apartado II). Esto mismo sucedió en Checoslovaquia, Yugoslavia y en la URSS. Solamente con respecto a este último ordenamiento se pudo verificar una participación parcial de las Repúblicas federadas (disciplinadas por la Constitución de 1977, revisada) en la confederación de nueva creación (Comunidad de Estados Independientes, 1991).

Debe señalarse que, junto a las uniones políticas denominadas explícitamente confederaciones o federaciones, se hallan numerosos casos de uniones denominadas de modo diverso pero que en realidad parecen remitirse a la misma tipología: los *elementos que las caracterizan* están dados por la naturaleza política de la unión, por la predeterminación de las funciones asignadas (con predominio de la defensa común, gestión de la tendencia de la política exterior, mantenimiento de la paz entre los participantes), por el mantenimiento de la soberanía de los Estados parti-

cipantes que conservan una posición paritaria y por la presencia de órganos comunes formados por delegados de los Estados.

En épocas más recientes se ha ampliado extensamente el área de las exigencias comunes a más Estados, por lo que se ha considerado conveniente la constitución de organizaciones caracterizadas por la presencia de amplios *aparatos burocráticos especializados*. Junto al vínculo de naturaleza confederal regido por el derecho internacional ha aumentado la importancia del aspecto organizativo *estable* encaminado a la consecución de las finalidades comunes. Por consiguiente, junto a los órganos deliberadores formados por delegados de los Estados, se han consolidado numerosas estructuras organizativas altamente burocratizadas, conocidas como *uniones u organizaciones internacionales*.

La característica de estas figuras organizativas consiste en agregar al órgano formado por delegados que representan a los Estados, órganos formados por sujetos que de acuerdo al acto internacional constitutivo se definen responsables frente a la misma organización internacional. En la práctica se destaca, a nivel formal, la tendencia a abandonar la calificación de federación o confederación y, a nivel sustancial, la superación de la atribución de las meras funciones de defensa y mantenimiento de la paz y se acentúa el fenómeno de la institucionalización hipertrófica que asume una consistencia y autonomía distinta superando el esquema del órgano común formado por los delegados de los Estados.

Típico de tales entes es el cambio pronunciado de los intereses que se les atribuyen, de aquellos relativos a las exigencias tradicionales de carácter militar y de gestión de las grandes decisiones de política internacional a aquellos netamente económicos, comerciales, de gestión de las infraestructuras de comunicación, de integración cultural, científica, tecnológica, de asistencia, de intervención sanitaria y otros similares. Las organizaciones internacionales han seguido, pues, el profundo cambio que los Estados nacionales han sufrido en la evolución hacia conocidas formas de intervencionismo asociado a la consolidación del Estado social. En la práctica, muchos de los objetivos que cada uno de los Estados (a consecuencia de cambios radicales y a modificaciones en la concepción de la función de los poderes públicos) ha introducido en sus Constituciones luego de los dos conflictos mundiales, fueron transferidos a las organizaciones interestatales con el objeto de coordinar esfuerzos y para la obtención de resultados más eficaces. Por lo tanto, se ha multiplicado el número de los acuerdos internacionales sobre el esquema confederal

que genera organizaciones estables en los sectores más variados de intervención, en general con competencias válidas en las áreas *regionales* predeterminadas, pero también con vocación *mundial*, como en el caso de la Sociedad de Naciones (1919) y, sucesivamente, de Naciones Unidas (1945). El esquema confederal es utilizado por la Unión Europea y por el acuerdo del 26 de marzo de 1991 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay que instituyó el Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR).

Las diversas *Constituciones estatales* contienen referencias extensas al fenómeno de la organización internacional, sea a nivel regional como mundial, y habilitan a los órganos constitucionales a llegar a autolimitaciones de la soberanía estatal.

En correspondencia a la autolimitación del Estado y a la correlativa atribución de poderes a la organización en la que el Estado participa, dicha organización posee en su cúspide algunos *estándares* jurídicos internacionales —como la paridad de la función de los Estados participantes, la reciprocidad, la justicia, el respeto de ciertos valores comunes—, mismos que deben ser verificados de manera previa o sucesivamente a la asunción del vínculo internacional por los órganos constitucionales estatales (control parlamentario en el ámbito de autorización al tratado, también con mayorías calificadas, referéndum, revisión constitucional, control de constitucionalidad) (*cf.* Constitución italiana de 1948, artículo 11; Ley Fundamental alemana de 1949, revisada, artículos 23 y 24; Constitución francesa de 1946, preámbulo, y Constitución de 1958, revisada, artículo 88; Constitución holandesa de 1953, artículo 67; Constitución de Luxemburgo de 1956, artículo 49 bis; Constitución de Bélgica de 1994, artículos 168 y 169; Constitución de Dinamarca de 1953, artículo 20, 1; Constitución de Irlanda de 1972, artículo 29, 4; Constitución de Grecia de 1975, artículo 28, 2 y 3; Constitución de Portugal de 1976, revisada, artículos 7, 6 y 161, literal *u*; Constitución española de 1978, artículo 93; Constitución austriaca de 1920, revisada, artículo 23). En este modelo organizativo más desarrollado los Estados mantienen su propia soberanía y organización, constituida por la satisfacción de exigencias comunes que continúan siendo condicionadas por la voluntad estatal. Su poder responde a las características de una autonomía más o menos amplia según los casos, pero siempre manteniendo el carácter derivado y no originario del ordenamiento de la unión u organización. La personalidad jurídica de la organización no tiene carácter absoluto, como en el caso de

los Estados, sino relativo, manifestándose en particulares aspectos de *capacidad* que se relacionan funcionalmente con las diversas y precisas competencias asignadas por los Estados al ente internacional.

2. *El modelo confederativo y la Unión Europea*

La Unión Europea responde al modelo de la confederación de Estados, aunque se encuentra caracterizada por fuertes elementos de integración entre el ordenamiento de la Unión y de los Estados que hicieron individuar las premisas para una transformación eventual en un Estado federal.

Se trata de una compleja organización disciplinada por el derecho internacional (los diversos tratados, que se mencionan a continuación, fueron acogidos por los ordenamientos estatales) basada, sea sobre el principio de cooperación y coordinación interestatal, sea sobre el principio de “integración” (que ha tenido particulares efectos innovadores) entre ordenamiento comunitario y ordenamiento estatal.

El proceso de construcción de lo que será la Unión Europea empieza con el tratado que instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero —CECA (18 de abril de 1951)— y continúa pues con los tratados que instituyen la Comunidad Económica Europea —CEE— y la Comunidad Europea de la Energía Atómica —CEEA (25 de marzo de 1957)—. Los tratados base u originarios han sido modificados varias veces. Se mencionan, en particular, el Acto Único Europeo (17/28 de febrero de 1986) y el Tratado sobre la Unión Europea (7 de febrero de 1992) modificado sucesivamente por los tratados de Ámsterdam (2 de octubre de 1997) y de Niza (26 de febrero de 2001). Los cuales recuerdan las características de la coordinación interestatal propias del modelo confederativo: el principio de paridad entre los Estados miembros, el principio de perpetuidad tendencial, la naturaleza abierta de la organización, el principio de lealtad de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas y la importancia central de los órganos representativos de los Estados miembros.

El objetivo de los tratados ha sido la realización de un mercado único europeo dotado de reglas propias y gobernado por las propias instituciones, que invade prácticamente todos los sectores económicos. Paralelamente a la atribución de competencias a las nuevas instituciones se dio una *limitación* de los poderes, expresión de la soberanía estatal, y por en-

de, principalmente, una reducción de las competencias parlamentarias y gubernamentales, así como de las competencias regionales. Los actos adoptables por los órganos comunitarios pueden manifestar, en muchos e importantes casos, una eficacia directa propia en el ámbito del ordenamiento interno del Estado, sin mediación y previa constatación de los órganos estatales. En otros casos se requiere de una selección previa y de la adopción de actos internos de ejecución. Un órgano jurisdiccional comunitario es competente para juzgar sobre la legitimidad de tales actos.

La posibilidad que se reconoce a los órganos comunitarios de incidir inmediatamente sobre las relaciones jurídicas que interesan al ordenamiento interno del Estado y, por ende, sobre los intereses de los ciudadanos y de las empresas nacionales, permite hablar de *integración* entre ordenamiento comunitario y nacional. Muchos ven en la construcción comunitaria los signos característicos del inicio del procedimiento de constitución por fases sucesivas de un ordenamiento de naturaleza federal, en el que los órganos, los procedimientos y los actos comunitarios tienden a superponer progresivamente a los disciplinados por el ordenamiento del Estado. En favor de esta orientación existe, seguramente, el enfoque seguido por los órganos comunitarios y en particular por el órgano jurisdiccional (Corte de Justicia) que ha consagrado constantemente la superioridad del ordenamiento comunitario con respecto a los Estados. Además, expresión de tal orientación es la doctrina de los *poderes implícitos* que derivan del artículo 235 del tratado de la CEE, que permite a los órganos comunitarios deliberar, asumiendo poderes no previstos expresamente por el tratado, “cuando una acción de la Comunidad sea necesaria para alcanzar, en función del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el Tratado haya previsto los poderes de acción requeridos para tal fin...”, disposición utilizada efectivamente en la práctica y avalada por la Corte de Justicia, pasando por encima del Parlamento nacional y de las autonomías locales.

Sin embargo, por el contrario, existen tendencias manifestadas en varias ocasiones especialmente por algunos Estados que buscan contrastar un proceso de federalización manteniendo a salvo los atributos de la soberanía. En este sentido se puede citar cómo los Estados no han realizado nunca *renuncias* a la soberanía sino únicamente *limitaciones* (en este sentido, *cfr.* artículo 11 de la Constitución italiana y la jurisprudencia de la Corte Constitucional). Además, resulta bien claro en el tratado de la CEE que las competencias asignadas a las instituciones son únicamente

las expresamente atribuidas (principio de los *poderes enunciados*: artículo 4), mientras que esta tendencia se refuerza por la previsión del Tratado sobre la Unión Europea que consagra que la acción de la Comunidad no va más allá de lo estrictamente necesario para el logro de los objetivos del Tratado. Por consiguiente, en la materia en la cual subsista una competencia concurrente entre la Comunidad y el Estado miembro, la acción comunitaria interviene solamente si los objetivos comunitarios no pueden ser alcanzados adecuadamente por el Estado, incluidas sus realidades internas, como las regiones y las demás autonomías locales (principio de subsidiariedad: artículo 3 B, Tratado de la Unión Europea).

Además se señala que la relevancia del mantenimiento de la soberanía de los Estados surge de la inclusión de la normativa sobre *política exterior y seguridad común* y sobre *cooperación en los sectores de justicia y de asuntos internos*, en el Tratado sobre la Unión Europea, en el que prevalecen las modalidades de cooperación entre los Estados y en el que las decisiones son asumidas con el consenso unánime de los Estados miembros, mientras que en los mismos ámbitos aparecen recesivos los aspectos de la integración, como lo demuestra la ausencia de una competencia jurisdiccional de la Corte de Justicia. En fin, debe mencionarse que nunca se ha usado, en los tratados que conciernen a la Unión, una definición de la misma en términos de reconocimiento de la soberanía.

Para concluir, una valoración concreta de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados se tiene al individuar una situación equilibrada en la que existen limitaciones jurídicas de las soberanías estatales y de los poderes de la Unión de significativa relevancia sin que la Unión misma tenga rasgos de un ente soberano. De acuerdo con esto último hay que subrayar que para poder hablar de una soberanía de la Unión se deberían evidenciar dos elementos significativos: la legitimación popular, a nivel europeo, de las instituciones de la misma Unión, y el control pleno por parte de la Unión del proceso de modificación de los tratados, o por lo menos, la afirmación de que para su modificación es suficiente un voto a mayoría calificada de los Estados que forman parte de ésta y no la unanimidad, en modo tal de individuar la realización de una nueva entidad federal distinta pero también superpuesta a los Estados fundadores. En tal caso, aparte de la terminología usada, se podría individuar el nacimiento de la constitución de un Estado federal europeo. Pero en ausencia de tal eventualidad, continúa una realidad institucional diversa que, si persiste, comporta el mantenimiento de las soberanías estatales. Por lo demás,

siempre en sintonía con esta conclusión, el hecho de que los Estados hayan reconocido la preeminencia del derecho comunitario y la atribución a la Corte de Justicia de la última palabra en caso de solución de conflictos entre las normativas comunitarias y las nacionales, en cuanto se subraya que los Estados, entre ellos el italiano, consagran que se reserva siempre a la propia jurisdicción constitucional el derecho de controlar las leyes de autorización a la ratificación y ejecución de los tratados europeos siempre que permitan poner en práctica los actos normativos comunitarios perjudiciales al núcleo esencial de la Constitución estatal. Esto corrobora posteriormente la opinión por la cual, el hecho de que el Estado pretenda llegar a las limitaciones de la soberanía y, por ende, “transfiera” las competencias a la Unión, no comporta la soberanía de la Unión misma. La llamada “transferencia o traslado de competencias soberanas” no vuelve soberano por sí mismo al ente beneficiario del traslado si no existen los presupuestos indicados para que éste adquiera la naturaleza de ente soberano. En efecto, reconocer de modo diverso que el traslado de atribuciones estatales a la Unión comporta el traslado de poderes soberanos no tiene sentido, ya que solamente si el ente beneficiario del traslado es definible como soberano sus poderes se benefician de las características de la soberanía, sin que tenga relevancia la naturaleza soberana del ente que realiza la transferencia; la atribución o competencia transferida no es “soberana” *ex se*, sino únicamente cuando la titularidad pertenezca a un sujeto soberano. Por lo tanto, también es discutible hablar de soberanía “repartida” (reparto de soberanía) entre el Estado y la Unión en tanto la Unión no resulte legitimada por la voluntad de las poblaciones de los Estados miembros.

La organización comunitaria comprende órganos dotados del poder de decisión política, normativa y administrativa, y también órganos jurisdiccionales, los cuales serán examinados a continuación. También comprende otros órganos dotados de competencias administrativas significativas, de naturaleza preparatoria y consultiva (Comité Económico y Social, Comité de las Regiones) y de control (Corte de Cuentas), e instituciones que operan en el sector crediticio (Banco Europeo para las Inversiones) y destinadas a preparar la puesta en marcha de la unión monetaria (Instituto Monetario Europeo), entre los que se mencionan sólo algunos. El Tratado de Maastricht instituyó el Banco Central Europeo, al cual corresponde la conducción de la política monetaria de acuerdo con las modalidades y según los objetivos especificados en el título II del Tratado.

El *Consejo* es un órgano en el que están representados los Estados miembros. Está dotado del poder de decisión y se encarga de coordinar las políticas económicas estatales. En el Consejo sesiona un representante por cada Estado miembro, el cual puede ser cambiado de acuerdo a los argumentos tratados. Así pues, el Consejo se puede reunir, por ejemplo, con la participación de los ministros de asuntos exteriores, de agricultura, de finanzas, según las exigencias. Las deliberaciones del Consejo se adoptan, según los casos, por unanimidad, por mayoría simple o calificada. Hay que subrayar que junto al Consejo formado por ministros puede reunirse el Consejo Europeo, formado por los jefes de Estado y de gobierno, el cual trata principalmente los asuntos que conciernen el tema de la coordinación de las políticas estatales (novedad ésta introducida mediante el Acto Único de 1986 y confirmada por el Tratado sobre la Unión Europea de 1992).

La *Comisión* es un órgano que se encarga, precisamente, de asegurar la puesta en marcha del Tratado. Está dotada de poderes de decisión y opera de manera continuativa en los diversos sectores asignados a la comunidad por el Tratado. La Comisión está formada por miembros designados por cada uno de los gobiernos de los Estados miembros, los cuales a su vez deben actuar en modo independiente de los mismos.

El *Parlamento Europeo* es un órgano de tipo asambleario elegido con sufragio universal directamente por los pueblos de los Estados miembros, sobre la base de leyes electorales nacionales (diversas entre ellas), y dotado de un número de escaños distribuidos indistintamente entre los Estados en razón a la población respectiva. El Parlamento tiene atribuciones de dirección y de control político con respecto a la Comisión: se prevé que los Estados procedan a la designación del presidente de la Comisión mediante el consenso del Parlamento y por ende, en consulta con éste, de los demás miembros, pero sólo luego de un voto inicial de investidura (confianza) la Comisión puede empezar a desempeñar sus funciones; se prevén, igualmente, preguntas, mociones también de censura con respecto a la Comisión, de lo cual el Parlamento cada año examina un informe (rendición de cuentas) de las actividades desarrolladas. Más tenues son los poderes que de naturaleza similar existen hacia el Consejo que participa en los trabajos del Parlamento y que responde a las preguntas.

Por el contrario, son importantes más no exclusivas las atribuciones del Parlamento con respecto a la actividad normativa: no existe una com-

petencia legislativa en sentido propio en la Comunidad, pero existen sin embargo actos contentivos de normas jurídicas primarias (denominados reglamentos y directivas que el Parlamento no puede adoptar por sí mismo). En estos actos al Parlamento le ha sido reconocido un poder de “*co-decisión*” que debe entenderse como posibilidad de intervención en el procedimiento formativo. En el caso más significativo se tiene una propuesta inicial de la Comisión dirigida al Consejo, propuesta ésta destinada a la adopción de una directiva o de un reglamento. Sobre la propuesta se adquiere el parecer del Parlamento y sucesivamente se forma una “*posición común*” que el Consejo transmite al Parlamento, el cual interviene nuevamente aceptando o rechazando el texto. En este último caso el Consejo podría superar el rechazo tan sólo deliberando en unanimidad.

La *Corte de Justicia* es un órgano jurisdiccional que tiene como fin asegurar una interpretación uniforme del derecho comunitario y verificar que los actos adoptados por las instituciones (Consejo, Comisión, Parlamento) sean conformes al Tratado. La Corte está compuesta por quince jueces (uno por cada Estado miembro), los cuales actúan con plena independencia de los Estados. Asimismo, cuenta con la asistencia de algunos abogados generales que tienen la tarea de presentar toda observación que sea oportuna para llegar a una correcta interpretación y aplicación del derecho comunitario. En ciertas materias el juicio de la Corte tiene naturaleza de fallo de segundo grado, en cuanto la Corte se encuentra investida de la facultad de examinar la apelación de las sentencias contrarias que provengan de un tribunal de primera instancia (por ejemplo: contencioso en materia de violación de las normas sobre competencia).

Ante la Corte se pueden presentar: recursos propuestos por la Comisión contra los Estados que violen los tratados o las normas que derivan de éstos; recursos instaurados por un Estado contra otro Estado; recurso contra los actos de naturaleza jurídica obligatoria (se excluyen pareceres y recomendaciones) de las instituciones (Parlamento, Consejo, Comisión) por incompetencia, desvío de poder, violación de formas sustanciales, violación de los tratados y sus actos derivantes, propuestos por los Estados, las instituciones comunitarias y por cualquier persona física o jurídica, a los cuales se adjuntan los recursos contra la omisión de los actos debidos; recursos por vía prejudicial relativos a la interpretación de normas comunitarias transmitidas por los jueces estatales que son llamados a aplicarlas en los juicios pendientes ante las jurisdicciones internas (en caso de que la duda interpretativa surja ante el juez nacional de últi-

ma instancia, este último debe dirigirse a la Corte; en los demás casos se encuentra habilitado para valorar si solicita o no la intervención de la Corte); recursos en materia de responsabilidad extracontractual de las instituciones. Estas hipótesis en realidad no agotan todas las competencias con que cuenta la Corte. La sentencia de la Corte vincula a los Estados, a las instituciones y a los sujetos privados, trátense de personas físicas como jurídicas. En los recursos contra los actos considerados ilegítimos, si el vicio es verificado el acto es anulado. En los recursos por vía prejudicial para la interpretación de normas el juez nacional que ha inducido la intervención de la Corte deberá adecuarse a cuanto sea establecido por ésta.

II. EL MODELO FEDERAL COMO EXPRESIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO DE DERIVACIÓN LIBERAL

En el Estado federal se concilia el principio de la unidad del Estado con el de la autonomía de los entes políticos territoriales, indistintamente denominados (estados, países, comunidades, cantones, regiones, provincias), que forman parte del ámbito estatal y que están regulados por la Constitución federal misma. Estados Unidos, Suiza, Alemania y Austria son algunos de los ordenamientos que han influido notablemente en la consolidación del modelo federal, enriquecido a su vez gracias a la sucesiva contribución de otras experiencias constitucionales. Un análisis comparativo de las diversas Constituciones permite dilucidar los perfiles constantes del *modelo federal*. Esto implica: un ordenamiento constitucional estatal unitario; acogida del principio de separación de los poderes; el reconocimiento en la Constitución del Estado de la garantía de los entes políticos territoriales, que son portadores de los propios ordenamientos integrados con el del Estado unitario; la subordinación de los ordenamientos de los entes territoriales a la Constitución del Estado; el principio contextual de equiparación recíproca entre los ordenamientos de los entes territoriales menores; el reparto, fijado en la Constitución del Estado, de las esferas de competencia del Estado con respecto a las de los entes territoriales menores y entre estos últimos; el carácter formalmente constitucional de las normas relativas a la organización constitucional, al reparto de las esferas de competencia, a su modificabilidad, trámite, procedimientos agravados de revisión, a excepción del principio

federal considerado inmodificable; la participación de los entes territoriales políticos en órganos y procedimientos conexos a la ejecución de las funciones del Estado unitario; la solución de conflictos entre el Estado y los entes territoriales y entre estos últimos por obra de un órgano del primero.

El modelo del Estado federal mencionado anteriormente presupone su inclusión en el marco más amplio de la forma de Estado de derivación liberal. En otras palabras, las articulaciones que pueden verificarse en las Constituciones de los Estados definidos federales entre el poder soberano del Estado y las autonomías de sus miembros presuponen una opción más amplia en favor de la garantía de los derechos de libertad, del pluralismo político y de la garantía del derecho de oposición.

Por lo tanto, el principio federal atañe, en modo específico, a las soluciones válidas para regular la estructura del poder de decisión política distribuido entre el Estado federal y los “estados” miembros, entre el centro y la periferia; concierne, entonces, a la *forma de gobierno*. Por ello no es una casualidad que la elaboración doctrinal considere al federalismo como uno de los aspectos del *constitucionalismo* (con referencia a la separación “espacial” del poder entre el centro y la periferia que se suma a la separación funcional relacionada con la clásica tripartición de los poderes) o también de la *concepción democrática* del Estado (con respecto al principio pluralista del cual representa una demostración significativa).

Esto sirve para aclarar cómo la simple definición de un ordenamiento como “federal” no permite en modo suficiente la constatación de los elementos que lo identifican y que deberían caracterizarlo, entre los cuales la afinidad con los criterios que identifican la forma de Estado de derivación liberal. Por lo tanto, la ausencia de los principios propios del Estado democrático vuelve tan sólo nominal la calificación *federal*. Esto aconteció en los Estados llamados socialistas (URSS, Checoslovaquia, Yugoslavia), en los que el partido único y la ausencia del pluralismo político constituían un obstáculo sustancial para un federalismo efectivo (en tal caso se limitaba la calificación federal al reconocimiento de la relevancia del carácter multiétnico de un Estado rígidamente centralista). Situación similar se presenta en muchos ordenamientos de Estados recientemente independizados, que se caracterizan por tener regímenes con partido único o dominante y, por ende, denotan una concentración sustancial del poder en las estructuras centrales del Estado (por ejemplo Tanzania). En

los ordenamientos de América Latina la estructura federal ocasiona a menudo problemas de interpretación a la doctrina constitucionalista, ya que no siempre el nivel de autonomía asignado a los estados miembros va más allá de las formas de descentralización administrativa con significativas formas de injerencia del poder central. La realización progresiva del pluralismo político y de las formas de garantía de los derechos ha incrementado la demanda de autonomía política local, sea a nivel estatal o municipal, como lo demuestra la experiencia brasileña y argentina.

En el Estado federal, las relaciones entre los órganos constitucionales supremos se encuentran reguladas de acuerdo con una rica variedad de fórmulas que en la práctica cubren todas las “formas” que habitualmente se verifican en los ordenamientos positivos: gobierno presidencial (Estados Unidos y ordenamientos de América Latina), parlamentario (Canadá, Australia, Bélgica, Alemania), mixto presidencial-parlamentario (Austria) y directorial (Suiza). Existe un elemento que reagrupa las diversas manifestaciones de las relaciones entre los poderes, y es ofrecido por el hecho de que cualquiera que sea la forma escogida para disciplinar el equilibrio entre los poderes del Estado central en las relaciones entre el centro y la periferia, el poder central, entendido en su conjunto, no constituye nunca un poder débil. En efecto, la constitución de la forma federal comporta un equilibrio entre los poderes centrales y los poderes de los estados miembros, y nunca el predominio de estos últimos. La experiencia, entre otras cosas, señala que entre más amplias sean las atribuciones periféricas más sólido y fuerte es el poder de los órganos federales (Estados Unidos, Alemania), sea que la base del poder sea un presidente, un canciller, una corte suprema o cualquier otro órgano. Desde esta perspectiva, además de los elementos institucionales, una fuerza centrípeta significativa con efecto federalista es ofrecida por la presencia de grandes partidos nacionales radicados sobre el territorio entero del Estado, elemento de fuerte agregación a través de la función de selección de la representación política.

1. Supuesta equiordenación entre el Estado federal y los estados miembros

El federalismo es un modelo de descentralización estatal en parte conexo a la especulación doctrinal y en parte resultado empírico de observaciones sobre experiencias reales.

Si bien sume sus raíces en diversos antecedentes históricos, es cierto que desde que los Estados Unidos de América se organizaron como sistema federal con la Constitución de 1787 el federalismo se ha presentado como solución ideal al problema de la *división de las atribuciones del gobierno entre el Estado central y otras entidades políticas*, de tal modo que se valore al máximo la descentralización, si bien asegurando el carácter único del Estado en su conjunto.

El federalismo ha representado uno de los aspectos más sobresalientes de la consolidación del “gobierno constitucional” y es, por tanto, una de las instituciones más significativas del Estado liberal. En efecto, puede considerarse como “forma territorial de división del poder político basado en una Constitución”. En este sentido, al principio de la separación de poderes, mediante la atribución de las funciones estatales a órganos distintos, se añade la articulación del poder político también con base espacial.

En el Estado federal, con el fin de satisfacer las dos exigencias concurrentes de descentralización y de unidad estatal, se reparte el poder político entre dos grupos de entidades: el Estado federal y los “estados” miembros del mismo (que se definen variadamente: estados, provincias, países —*Länder*—, cantones). Estas entidades deberían ser, en teoría, libres para adoptar sus propias decisiones sobre la dirección política en su respectivo ámbito de competencia; luego, deberían ser “independientes” entre sí, puestas en un plano de *equiordenación* y ligadas entre ellas según un principio de coordinación organizativo y funcional. La posición equiparada del Estado federal y de los estados miembros y su actuación según el principio de coordinación serían particularmente significativas para identificar al Estado federal como característica idónea para diferenciarlo del Estado unitario descentralizado, donde el Estado aparece supraordenado con respecto a las entidades autónomas descentralizadas que están subordinadas y sometidas a su dirección.

En realidad, el postulado de la *equiordenación* en el seno del Estado federal se aplica en las relaciones entre los “estados” miembros, que están seguramente, entre sí, en posición paritaria. Esto mismo no puede decirse de las relaciones entre el Estado federal y sus componentes, pues es cierta la posición constitucional *preferencial* del primero, como dentro de poco se subrayará. No obstante, históricamente es conocido que los constituyentes norteamericanos, con el fin de asegurar garantías idóneas a los estados que crearon la nueva organización estatal, se preocuparon

de dejar consistentes sus poderes, pensando que el Estado federal y los diversos estados miembros habían gozado de independencia en la esfera asignada respectivamente a cada uno. Los límites precisos de las competencias atribuidas al Estado federal circunscribirían su supremacía. No sólo esto: durante algunos decenios una fuerte corriente de opinión sostenía que el gobierno central de los Estados Unidos no debía entenderse de modo igual y coordinado respecto al de los estados, sino más bien como su delegado y, por ende, subordinado a éstos.

Tan sólo después de la guerra civil de 1861-1865 se abandonaron, definitivamente, estas orientaciones. En cambio se arraigó, basándose en la estructura prevista por la Constitución, la convicción de una división de poderes coordinada entre el Estado federal y los estados miembros. Sin embargo, esta coordinación no excluye que sea un órgano federal quien regule los conflictos de competencia entre el Estado federal y sus componentes, privilegiando, pues, al primero respecto del segundo, mientras está fuera de discusión el hecho de que en la práctica constitucional el Estado federal ha alcanzado un claro predominio con respecto a los estados.

Por tanto, si es cierto que el Estado federal rechaza, en general, los métodos impositivos respecto a los estados miembros, prefiriendo las formas de colaboración y de entendimiento de acuerdo con éstos, *sin embargo no se puede reconocer una equiordenación entre el Estado federal y sus componentes*, debiéndose admitir, debido a la supremacía de la Constitución federal sobre la de los estados miembros, la supraordenación del primero.

La preferencia por el aparato central del Estado federal y el abandono del modelo de equiparación entre el Estado federal y los estados miembros se confirman con la evolución más reciente del federalismo y con la consagración del principio *cooperativo*. En efecto, tanto las exigencias unitarias surgidas de las grandes crisis políticas y económicas internacionales, como las difundidas por todos lados del Estado social, han llevado a imponer la preeminencia de una instancia única de dirección a la cual confiar las estrategias de intervención. Esta instancia es el Estado central. Como remedio parcial a tal situación surge la fórmula del federalismo “cooperativo” (o “contratado” o “coordinado”, según las diversas terminologías empleadas), lo que significa que no es posible interpretar las fórmulas organizativas que aplican el reparto de competencias entre el centro y la periferia como se hacía en el pasado, con función solamente

garantista, de modo que cada ente pudiera disciplinar el ámbito que le había sido asignado libremente de condicionamientos por parte de otros sujetos indicados en la Constitución. Así, el modelo a utilizar sería el del acuerdo entre sujetos equiparados tendencialmente, por lo tanto el uso de las competencias garantizadas podría desarrollarse de modo separado y diferenciado, pero siempre utilizando criterios de enlace, de manera que en la práctica toda intervención se introduzca en un cuadro armónico. Sin embargo, el modelo del federalismo cooperativo, que es ampliamente acogido en todas partes, no excluye que estas formas de cooperación puedan ser dirigidas por el Estado federal, que termina siendo el protagonista del coordinamiento.

2. *Presupuestos del federalismo*

Las estructuras estatales federales tienden a combinar un nivel suficiente de *diversidad* con la *unicidad* del Estado. Sin embargo, la garantía de la “diversidad” dentro de una única estructura estatal, que jurídicamente equivale a la garantía constitucional de un grado más o menos amplio de autonomía a ciertos entes territoriales, no conduce necesariamente a un Estado federal.

¿Es posible entonces enumerar cuáles son los requisitos que permiten el nacimiento de un Estado federal? En realidad no cabe determinar presupuestos de los que descienda inevitablemente una estructura federal, sino que hay que explicar empíricamente, a través de la observación de datos históricos, algunos elementos que se presentan como condiciones que pueden originar un Estado federal. Su realización en concreto deriva de la *voluntad política de los constituyentes*: a veces son los Estados miembros de una confederación regulada por el derecho internacional (Estados Unidos de América, 1787; Suiza, 1848 y 1874); a veces un Estado que concede la soberanía a una de sus ex colonias (Australia, 1900); o bien varios Estados que deciden la suerte constitucional de un Estado debelado (Alemania, a consecuencia del acuerdo de Londres de 1948, en virtud del cual las potencias aliadas prescribieron una estructura federal confiando que lograrían una democracia constitucional después de la experiencia totalitaria); además, una Constitución puede desarrollarse de hecho en sentido federal partiendo de una base constitucional sensiblemente unitaria (Canadá, 1867); en fin, puede llegarse a una

transformación constitucional, por obra del poder constituyente o del poder de revisión, de un Estado unitario a un Estado federal (Argentina, Constitución de 1853 y por “hechos” precedentes de 1822 y 1831; Brasil, Constitución de 1891; México, Constitución de 1917; Austria, Constitución de 1920).

Pueden identificarse las *condiciones* que promueven el Estado federal: a) la voluntad de independencia en el ámbito internacional y, por ende, las exigencias de una defensa común; b) la perspectiva de una organización más racional y las ventajas económicas; c) la existencia de recursos económicos suficientes que permitan el funcionamiento del aparato central y del periférico; d) la contigüidad geográfica; e) un equilibrio entre el peso político y económico de los diversos componentes de modo que evite que algunos Estados miembros asuman una posición preferencial; f) haber mantenido relaciones asociativas precedentes en el ámbito de una confederación o haber formado parte conjuntamente de organizaciones políticas más amplias, como imperios coloniales, y g) similitud de las respectivas instituciones políticas y, en particular, de la forma de Estado. Por lo general, estos factores pueden hallarse analizando el origen y desarrollo de los fenómenos político-institucionales que originaron por lo menos cuatro de los más conocidos experimentos federales: Estados Unidos, Suiza, Australia y Canadá. No son, en cambio, factores indispensables la identidad lingüística, racial, religiosa y de nacionalidad. Aunque existen ejemplos de Estados federales en los que estos elementos operan total o parcialmente (Alemania y Austria), en los cuatro ejemplos citados no operan de igual modo los mismos factores, pues son notorias las diferencias frecuentemente profundas desde el punto de vista étnico, lingüístico y religioso.

3. *Federalismo de agregación y de desagregación*

Tradicionalmente el Estado federal ha sido analizado bajo el aspecto de las técnicas organizativas del poder político que permiten un mejor uso de la autoridad pública, en la medida que consienten al poder un mejor acercamiento al ciudadano. Por lo tanto, el federalismo no constituye solamente un modo para equilibrar el poder entre el centro y la periferia, sino que también es una solución encaminada al mejoramiento del uso del poder con respecto a los sujetos en favor de los cuales el poder es institucionalizado. La repetición automática de este tópico hizo perder de

vista un aspecto que en los años más recientes se ha afirmado progresivamente como relevante: el federalismo como técnica destinada a permitir no sólo un aligeramiento de los vínculos impuestos por el Estado central, sino incluso una posible eliminación del pacto constitucional que se encuentra en la base de la constitución del Estado unitario. Así, las consideraciones finales sobre la fórmula federativa deben tener en cuenta la *duplicidad de las finalidades* que están en la base de las soluciones institucionales que aluden al concepto de federación: al federalismo finalizado a la *agregación* se añade o se contrapone el federalismo finalizado a la *desagregación*, cuando de las autonomías que componen el Estado se pasa a la autodeterminación, y por ende se tiende a abandonar el marco de la Constitución para pasar a la del orden internacional, a veces manteniendo o intentando mantener un vínculo de tipo confederativo.

La tendencia a considerar la continuidad de la Constitución estatal en un marco federal a título sólo precario es bien evidente en el caso de Québec en el marco de la Constitución canadiense, donde los referéndum, que tuvieron un fracaso (1980 y 1995), sobre el abandono de la federación son un ejemplo de tal orientación. Otro caso para citar es la reforma progresiva belga del Estado unitario centralista al Estado regional y después federal, pero con fuertes, aunque oscilantes, tendencias a la transformación de la dos mayores entidades regionales en auténticos Estados. Asimismo, en el País Vasco existe la tendencia a liberarse del marco constitucional del Estado regional español. La justificación más profunda de la tendencia a obtener mayores autonomías o a afirmar la autodeterminación deriva de la valorización de las diferencias históricas y culturales de las poblaciones y, en particular, de la consolidación de la esencialidad del *factor étnico-lingüístico* como elemento que caracteriza la identidad de nuevas realidades políticas e institucionales que tienden a convertirse en un Estado diverso de aquel en el que se encuentran históricamente insertas.

III. LA SOBERANÍA FEDERAL

El Estado federal comporta un ordenamiento descentrado que reconoce la función constitucional de las autonomías pero que a la vez conlleva una *soberanía federal*: también en los ordenamientos en los que históricamente ha sido más fuerte el papel de los estados miembros no existe duda que la soberanía pertenece al Estado federal considerado de modo

unitario. Por tanto no tiene un significado jurídicamente condicionado usar el título de “soberanía” en favor de los estados miembros, que se halla en el texto de la Constitución suiza de 2000, cuyo artículo 3, de modo contradictorio, afirma que los “cantones son soberanos en la medida en que su soberanía no se encuentre limitada por la Constitución federal”. En la práctica, tal disposición comporta la preferencia por la soberanía federal, y por consiguiente la “soberanía” cantonal, en cuanto limitada, jurídicamente es una forma de poder que se puede calificar mejor como *autonomía*. Como prueba de lo anterior se puede leer el artículo 148, 1 de la misma Constitución, según el cual, “sin perjuicio de los derechos del pueblo y de los cantones, en la Confederación el poder supremo es ejercido por la Asamblea federal”. Esta disposición también evidencia la preferencia por el nivel de la organización constitucional federal y el carácter recesivo que se reconoce a las esferas de competencia cantonal.

Tampoco se puede reconocer fundamento a las opiniones doctrinales dirigidas a afirmar una soberanía de los estados miembros que permita asegurar al menos un tipo de equiparación entre éstos y el Estado federal. La orientación dirigida a reconocer una soberanía a los estados miembros deriva del hecho de que algunos Estados federales proceden de experiencias confederales precedentes. Pero en realidad el paso de la confederación al Estado federal tiene lugar en hipótesis circunscritas: Estados Unidos y Suiza parecen los ejemplos más ciertos, junto con Alemania. Más frecuentes son los casos de evolución desde la disciplina constitucional de un Estado unitario hacia una descentralización interna sobre el modelo federal: evolución de la Constitución canadiense basada en la ley inglesa de 1867; revisiones o nuevas Constituciones sobre el modelo federal en Argentina (1853), Brasil (1891), México (1824 y 1917), Austria (1920). También son ejemplos de configuraciones fundadas sobre el modelo federal a consecuencia de decisiones unilaterales realizadas por un Estado que ejercía ya la soberanía sobre los territorios destinados a la independencia en el momento en que decida aquella que será la Constitución de un nuevo Estado (Australia, 1900), o tras la decisión de Estados que imponen las líneas de la futura Constitución a un Estado debelado (Alemania, luego del Acuerdo de Londres de 1948 que condiciona la opción federal de la Ley Fundamental de 1949). Por lo tanto se confirma que históricamente, junto a las hipótesis de formación de un Estado federal mediante la integración de Estados (ya) soberanos, existe también la hipótesis del paso de un Estado unitario central a un

Estado descentralizado a través del reconocimiento de amplias autonomías.

Para avalorar la soberanía federal se pueden mencionar argumentos que emergen de la normativa escrita, consuetudinaria y convencional, atinentes a: *a)* los condicionamientos realizados por la Constitución federal a las Constituciones de los estados miembros; *b)* el predominio del derecho federal sobre el de los estados; *c)* la competencia federal en materia de revisión constitucional; *d)* el reparto de competencias entre el Estado federal y los estados miembros en la Constitución federal; *e)* la garantía constitucional del respeto de las esferas de competencia por obra de un órgano federal; *f)* la vigilancia federal sobre la observancia de las obligaciones de los estados; *g)* la posibilidad de adoptar medidas coercitivas por parte de los órganos federales para garantizar el respeto de las obligaciones, y *h)* la intervención federal con fines de garantía en contra de los peligros para los ordenamientos de los estados miembros además que del Estado federal.

1. Las Constituciones federales ponen límites rígidos a las de los estados miembros, condicionando en particular a las formas de gobierno

Según el artículo IV, sección 4 de la Constitución de los Estados Unidos, los estados miembros deben adoptar una Constitución con forma de gobierno republicana. El artículo 51, 1 de la Constitución suiza prevé que los cantones deben tener Constituciones fundadas sobre los principios de la forma de gobierno representativa, democrática y respetuosa de los derechos políticos. El artículo 17 de la Constitución alemana de 1919 preveía que cada *Land* debía tener una Constitución libre, con representación popular procedente de elecciones libres, basadas en el principio proporcional, y que los gobiernos locales debían tener la confianza de las representaciones populares. El artículo 28 de la Ley Fundamental alemana exige que los ordenamientos de los *Länder* se adecuen a los principios que constituyen el fundamento constitucional del *Bund*. Se trata de los principios del respeto de los derechos fundamentales, del sistema republicano y democrático, del Estado social de derecho, de elecciones libres y de la autonomía local. La observancia de estos principios en los ordenamientos de los *Länder* es atribuida al *Bund*.

2. Las Constituciones federales prevén el principio del predominio del derecho federal sobre el estatal

El artículo VI, 2 de la Constitución de los Estados Unidos prevé la supremacía de la Constitución y de las leyes federales sobre las de los estados y la obligación para las jurisdicciones de preferir el derecho federal. Análoga disposición se encuentra en el artículo 5 de la Constitución australiana de 1900, mientras que el sucesivo artículo 109 corrobora que en caso de que la ley de un estado sea incompatible respecto a la del *Commonwealth*, esta última prevalece mientras la primera debe considerarse inválida. En Alemania, el predominio de la legislación federal sobre la de los estados miembros estaba previsto por la Constitución de 1871 (artículo 2) y por la de 1919 (artículo 13), y la actual Constitución ratifica el principio de modo enfático (“el derecho federal prevalece sobre el derecho de los *Länder*”, artículo 31). En Suiza, el predominio del derecho federal se deduce de manera interpretativa del artículo 2 de las disposiciones transitorias de la Constitución.

Sin embargo, las normas sobre el predominio del derecho federal no pueden interpretarse de modo que quiten valor a la autonomía de los estados miembros incidiendo sobre el área de las competencias establecidas para ellos en sus respectivas Constituciones. Ellas son normas destinadas a ser activadas tan sólo en caso de conflicto entre la norma federal y la norma del estado miembro, y por tal circunstancia, las Constituciones prevén un criterio particular de solución relacionado con la presencia de un sistema articulado de ordenamientos y con preferencia del conjunto de las fuentes federales sobre las de los estados miembros.

3. Las competencias en materia de revisión constitucional corresponden a los órganos federales, si bien los estados miembros pueden ser llamados a concurrir al proceso de reforma en virtud de disposiciones particulares de la Constitución federal

Por lo general, en el proceso de revisión se incluye a los estados miembros directa o indirectamente, exigiéndose la intervención de la segunda cámara federal. Desde tal perspectiva se prevé la determinación favorable de los órganos constitucionales federales y de la mayoría de los estados miembros: en los Estados Unidos la revisión debe ser aproba-

da por lo menos con tres cuartos de los estados y con dos tercios del Senado (artículo V); en la República Federal Alemana con dos tercios del *Bundestag* y con los votos del *Bundesrat* (artículo 79, 2 de la Ley Fundamental); en Suiza por la mayoría de los ciudadanos votantes y por la mayoría de los cantones (artículo 195 de la Constitución); en Australia por la mayoría absoluta en las dos cámaras del Parlamento y luego por la mayoría de los electores en la mayoría de los estados, previéndose que las reformas relativas a la representación de los estados en el Parlamento o incidentes sobre sus territorios deben obtener la mayoría de votos de los electores en los mismos estados (artículo 128, 6 de la Constitución); en Austria la revisión requiere de la mayoría de los votos en el *Bundesrat* y del consenso de por lo menos cuatro *Länder* para las modificaciones constitucionales relativas a la composición del *Bundesrat*, al sistema electoral y a los criterios de representación de los *Länder* (artículo 35, 4).

En general, la revisión se desarrolla por órganos federales y, a veces, por los estados miembros que participan en el procedimiento como instancia unitaria, formándose la voluntad del conjunto de los estados con base en el principio de mayoría, absoluta o calificada. Por lo tanto no es relevante, por lo general, el consenso de los estados individualmente considerados.

Tan sólo en casos específicos, y únicamente en la hipótesis en que el procedimiento de revisión afecte directamente intereses estatales, se requiere el consenso de los estados miembros individualmente considerados. Tal era la reserva de asentimiento prevista por la Constitución alemana de 1871, en el caso de incidencia sobre los derechos reservados a los estados (artículo 78), y tal la prevista por la Constitución de los Estados Unidos en el caso de modificación de la representación estatal en el Senado (artículo V) y por la australiana en el caso de modificación de la representación o de incidencia sobre los ordenamientos territoriales (artículo 128, 6). En la Constitución alemana actual, establecida la garantía de intangibilidad del principio federal (artículo 79, 3), no son objeto de revisión ni la integridad territorial de los *Länder* ni el ámbito originario de sus competencias. Esto implica que, prescindiendo del consenso de los Estados interesados, el *Bund* puede proceder a modificaciones constitucionales que incidan sobre las competencias de los *Länder*, sobre sus ámbitos territoriales y sobre su misma existencia, en caso de un nuevo proyecto de estructura federal (denominado *labiler Föderalismus*).

4. *En las Constituciones federales se contiene el reparto de las esferas de competencia entre el Estado federal y los estados miembros*

Constitución de los Estados Unidos, artículos I, sección 8, y II, secciones 2 y 3; Constitución suiza, artículo 3; Ley Fundamental alemana, artículos 30 y 70; *British North America Act* de 1867, artículos 91 y 92; Constitución austriaca, artículos 10 y ss.

5. *Un órgano jurisdiccional federal vigila la observancia de las esferas de competencia de los estados miembros y del Estado federal, interpreta la Constitución y asegura la uniformidad del derecho sobre todo el territorio federal*

Constitución de los Estados Unidos, artículo III, sección 1; Ley Fundamental alemana, artículo 92; Constitución suiza, artículos 188 y ss.; Constitución australiana, artículo 71; Constitución belga, artículo 142.

6. *Los órganos federales tienen competencia de verificación en cuanto a la observancia de las obligaciones que pesan sobre los estados miembros en virtud de la Constitución*

En particular pueden proceder por medio de la “inspección federal” todas las veces que los estados miembros son llamados a intervenir por vía administrativa en ámbitos en los cuales el Estado federal tiene competencia legislativa. Nos referimos a la *Bundesaufsicht* disciplinada por la Ley Fundamental alemana, que unos autores extienden a las hipótesis en las cuales no existe la competencia legislativa del *Bund*, hasta que la inspección coincida con el más amplio y genérico poder de control sobre el principio de homogeneidad de los ordenamientos de los *Länder* frente al federal (artículo 28, 3 Ley Fundamental) y sobre el principio no escrito de fidelidad (*Bundestreue*). La inspección federal en el ordenamiento alemán asume un carácter particularmente penetrante cuando la legislación federal es aplicada por los *Länder* en virtud de competencia procedente de un encargo federal (artículo 85, Ley Fundamental). En este caso el control afecta tanto la legitimidad como la oportunidad de la ejecución (artículo 85, 4). En caso de que la misma haga parte de las competencias que la Constitución atribuye directamente a los *Länder*, el control incluye los aspectos de legitimidad (artículo 84, 3). La inspección comporta la

facultad de enviar comisarios, dictar instrucciones para la actuación de las leyes federales, promover procedimientos de condonación de actos ilegítimos y requerir informaciones.

7. A los órganos federales les es reconocida la competencia para intervenir a través de medidas coercitivas frente a los estados miembros con el fin de asegurar la observancia de las obligaciones que proceden de la Constitución federal

Se trata de la llamada ejecución federal (artículo I, sección 8, de la Constitución de los Estados Unidos; artículo 52, 1 de la Constitución suiza; artículo 37 de la Ley Fundamental alemana). Ésta ha sido constantemente disciplinada por las Constituciones alemanas (*cfr.* artículo 19 de la Constitución alemana de 1871 y el artículo 48 de la Constitución sucesiva de 1919), revelándose así un instituto que tuvo una función, no menos importante, durante el periodo de Weimar. En el marco de la actual Constitución se observa al respecto una interpretación restrictiva, reteniendo así que la ejecución debería tener lugar a causa del principio de la *Bundestreue*, según los criterios de necesidad y de proporcionalidad. Sin embargo, hoy en día se reconoce aún la amplitud de los medios jurídicos a disposición del gobierno federal. Éstos comprenden: instrucciones a los *Länder*, reducción de las financiaciones, intervenciones sustitutivas de todas las actividades estatales de los *Länder*, sustitución de los órganos de los gobiernos locales con comisarios, intervención de la policía federal. En cambio, no se admiten las medidas que comprometan la existencia de un *Land*, que priven al mismo del control de los votos en el *Bundesrat*, que limiten el poder jurisdiccional, que comporten la intervención militar, ya que en todas estas hipótesis existen exclusiones a nivel constitucional.

8. Los órganos federales pueden intervenir también con el uso de la fuerza armada en el territorio de los estados miembros con el fin de asegurar la seguridad frente a los peligros internos y externos, prescindiendo de la solicitud de asistencia formulada por los estados

La intervención con fines de ayuda se encuentra prevista por diversos ordenamientos (Constitución de los Estados Unidos, artículos I, sección

8 y IV, sección 4; Constitución suiza, artículo 52, 2; Constitución alemana de 1919, artículo 48, 2; Ley Fundamental alemana de 1949, artículos 35 y 91) y acoge una disciplina que puede acentuar la discrecionalidad de los órganos federales hasta esfumar la diferencia respecto a la intervención con fines represivos, como sucedía en la Constitución alemana de 1919 (artículo 48), o que puede reducir tal discrecionalidad acentuando así el carácter subsidiario con respecto a la autodefensa de los estados miembros. Esta última tendencia aparece en la Ley Fundamental alemana que distingue entre estado de necesidad e intervención auxiliar federal, mientras que esta última se distingue absolutamente de la ejecución federal (diferencia entre *Bundesintervention* y *Bundesexekution* o *Bundeszwang*).

En particular, los artículos 35 y 91 regulan los presupuestos del estado de necesidad en caso de calamidades naturales, alteración del orden y de la seguridad, amenaza a la estabilidad y al orden constitucional de un *Land* o del *Bund*. En caso de que los medios a disposición del *Land* no sean idóneos para afrontar la emergencia, la Constitución prevé dos tipos de remedios en relación de subsidiariedad: la ayuda federal solicitada por el *Land* a los demás *Länder* o al *Bund* (casos contemplados en los artículos 35, 2 y 91, 1); la intervención federal, de forma subsidiaria a las intervenciones primarias de los *Länder*, en caso de incapacidad del *Land* para afrontar la emergencia o de extensión del peligro a otros estados miembros (artículos 35, 3 y 91, 2). También se deben mencionar las posibilidades de intervención autónoma del *Bund* frente a los *Länder* siempre que el estado de defensa se encuentre vigente (artículo 115, f).

IV. DISTRIBUCIÓN DEL PODER ENTRE EL ESTADO FEDERAL Y LOS ESTADOS MIEMBROS

Inicialmente, en el Estado federal se halla la exigencia de respetar al mismo tiempo el principio de autonomía de las determinaciones de cada uno de los entes territoriales que lo conforman y la necesidad de cooperar entre los mismos. Por consiguiente, las Constituciones consagran el principio de *exclusividad* de las competencias del Estado federal y de los estados miembros, para garantizar una clase de autosuficiencia, a través del criterio de *separación* sobre una base paritaria. Esto es cierto, en particular, en las Constituciones federales de la fase liberal, en el texto de

cuyas Constituciones se indican los sectores de competencia atribuidos al Estado federal de modo *exclusivo* (Constitución de los Estados Unidos, artículo I, sección 8, 1 y sección 10, 1; artículo VI, 2, X enmienda; Constitución australiana, artículo 52; *North America Act* de 1867, artículo 91; Constitución suiza, artículo 42). En este ámbito el Estado federal goza de la función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. Los estados miembros tienen competencia en los sectores no asignados al Estado federal (denominados *poderes residuales*: Constitución de los Estados Unidos, X enmienda; Constitución suiza de 1848, de 1874 y de 2000, artículo 43; Constitución alemana de 1919, artículo 5 y de 1949, artículo 30; Constitución austriaca de 1920, artículo 15; sin embargo, en esta última no se prevén competencias locales en el ámbito de la función jurisdiccional).

En algunas Constituciones, como en la canadiense, junto a la enumeración de competencias exclusivas del Estado federal se añade la enumeración de competencias de los estados miembros (*cfr.* artículo 92 del *British North America Act* de 1867). Pero tal indicación no permite salvaguardar una separación rígida entre las esferas de competencia legislativa federal y estatal; en el caso canadiense la prevalencia de la función del Estado federal (al cual corresponden los poderes residuales) conduce a identificar intervenciones de los órganos centrales en los sectores atribuidos a la competencia exclusiva de las provincias, verificándose, así, esferas de *competencia concurrente*.

Sin embargo, en todos los ordenamientos se manifiestan formas de *concurso* entre el Estado federal y los estados miembros en la titularidad de las competencias, surgiendo así la presencia de esferas de competencia concurrentes. La preferencia, si bien a nivel formal, por una disciplina conjunta de las competencias se consolidará solamente en el momento de la consagración del llamado "*federalismo cooperativo*" (véanse las leyes de revisión de la Constitución suiza a partir de 1947, la reforma constitucional alemana de 1967-1969 y la austriaca de 1974), que tendrá en cuenta la interrelación institucional y necesaria entre el nivel de esfera de competencia federal y el nivel de la de los estados miembros, superando así el planteamiento originario de la separación de tipo garantizador de los mismos y condenando a la decadencia la tendencia inicial encaminada a consagrar competencias exclusivas.

Junto al planteamiento paritario de las relaciones entre el Estado federal y los estados miembros en términos de separación o concurrencia entre las respectivas esferas de competencia con respecto a la función legis-

lativa, las Constituciones se preocupan por regular *de manera jerárquica* las relaciones relativas a la ejecución de la legislación. En este sentido se encuentra sea la competencia federal de ejecución por vía administrativa de las leyes federales, que la de los estados miembros con respecto a su legislación; pero también se ha adoptado en forma amplia el principio de la ejecución de la legislación federal mediante actos de los Estados miembros (Constitución austriaca, artículo 11; Ley Fundamental alemana, artículo 83).

Los principios paritario y jerárquico de atribución de competencia, apenas mencionados, deben incluirse actualmente en el esquema *cooperativo*, ya recordado, que constituye una de las características de los ordenamientos federales. Este principio implica recurrir a un *ejercicio conjunto* de competencias entre los estados miembros y el Estado federal, y las Constituciones presentan diversas formas de tal colaboración que se convierte en el elemento característico de los ordenamientos federales y en el marco de referencia para el uso de las competencias en materia legislativa y ejecutiva que han sido recordadas anteriormente.

Tradicionalmente, las formas de colaboración son definidas *horizontales* si tienen lugar entre estados miembros, *verticales* si median entre el Estado federal y los estados miembros. Se consideran ejemplos de colaboración horizontal: los acuerdos interestatales y los órganos comunes. En cuanto a los primeros, las Constituciones prohíben acuerdos políticos entre los estados miembros (Constitución de los Estados Unidos, artículo I, sección 10; Constitución suiza, artículo 7), pero son admitidos, previa comunicación a los órganos federales que pueden ejercer controles idóneos de legitimidad, acuerdos en el ámbito de las materias que los ordenamientos constitucionales admiten como propias de la competencia de los estados. Estos acuerdos son permitidos formalmente por la Constitución austriaca (artículo 15 a, 2). En cuanto a los segundos, existen numerosas hipótesis de órganos dotados de atribuciones preparatorias y de coordinación relativas a las relaciones interestatales (como las conferencias de exponentes del gobierno y de exponentes parlamentarios en los Estados Unidos, en Suiza, Austria, Alemania) y de órganos dotados de competencias reglamentarias y de gestión destinados a ejercer una vigilancia y control sobre los problemas de interés común (como las *Compact Agencies* estadounidenses y las *Konkordatsverbände* suizas). Se consideran ejemplos de colaboración vertical los acuerdos entre el Estado federal y los estados miembros, previstos expresamente por la Consti-

tución austriaca (artículo 15 a, 1) pero desarrollados en todos los ordenamientos federales; el envío de *delegados de los estados* ante los órganos federales, como en el caso de los plenipotenciarios de los *Länder* ante el *Bundesrat*, el *Bundestag*, el presidente federal y el canciller en Alemania; la coordinación legislativa mediante la legislación-cuadro federal, a través de leyes de delegación federal a los estados miembros y mediante la legislación “negociada”, por lo cual algunas disciplinas legislativas son aprobadas tanto por los órganos federales como por los estatales (Constitución austriaca, artículos 3, 2 y 15, 4), y la intervención financiera federal que condiciona de diverso modo a los Estados beneficiarios (*cf.* Constitución australiana, artículo 96).

V. PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LAS FUNCIONES FEDERALES

Los estados miembros de los Estados federales no sólo tienen una autonomía que se explica en la facultad de darse una Constitución, compatible con la federal, y de adoptar actos normativos y administrativos, sino que concurren con órganos y funciones estatales. Como señal de tal vínculo con las estructuras y las funciones federales se indican: *a)* la participación en el procedimiento de revisión constitucional; *b)* la participación en el gobierno federal, y *c)* la participación en el Parlamento federal.

1. *La participación en el procedimiento de revisión constitucional*

Los Estados miembros se asocian al procedimiento de revisión de la Constitución federal que, por ende, no es expresión de competencia sólo de los órganos centrales. A propósito de esto se debe recordar que la Constitución de los Estados Unidos contempla dos modalidades de procedimiento, en la medida que la propuesta de enmienda puede ser deliberada por el Congreso con mayoría de los dos tercios en ambas cámaras o puede ser presentada por una asamblea *ad hoc* reunida por el Congreso mediante iniciativa de los legisladores de al menos dos tercios de los estados. Por lo tanto, la iniciativa debe contar con la aprobación de los legislativos de al menos tres cuartos de los estados o de las asambleas respectivas de tres cuartos de los estados (artículo V de la Constitución).

La Constitución australiana (artículo 128) establece la aprobación con mayoría absoluta de las propuestas de enmienda por parte de ambas asambleas y, consecuentemente, la aprobación por parte de la mayoría de los electores en la mayoría de los estados, alcanzando de este modo la mayoría de los votos del Estado federal en su totalidad. La Constitución canadiense, luego del *Constitution Act* de 1982 (artículo 38), exige la deliberación de las dos cámaras del Parlamento y de las asambleas de dos tercios de las provincias (sin embargo existen aún casos en los cuales la revisión requiere del voto favorable del Parlamento federal y de todos los Parlamentos provinciales, reconociendo así un derecho de veto a cada provincia) cuya población represente al menos el 50% de todas las provincias. La Constitución suiza exige la intervención popular a manera de referéndum y la aprobación de la mayoría de los votantes y de la mayoría de los cantones (artículo 195); la austriaca requiere del voto parlamentario y la mayoría favorable de los representantes de por lo menos cuatro *Länder* en el *Bundesrat* (artículo 35, 4); la Ley Fundamental alemana prevé el voto favorable de dos tercios del *Bundestag* y del *Bundesrat* (artículo 79, 2).

Todas las Constituciones fijan obstáculos a la posibilidad de modificar el principio federal (lo que no es permitido) y prevén que las modificaciones a la representación de los estados miembros en el segunda cámara, a sus atribuciones o a su territorio deben contar con la autorización de la mayoría de los mismos o de los directamente interesados.

2. *La participación en el gobierno federal*

Los estados miembros no tienen una representación en el gobierno federal, pero las normas formales y convencionales establecen que los exponentes del gobierno deben proceder en modo equilibrado de los diversos estados. En este sentido, la Constitución suiza dispone que los miembros del gobierno deben proceder de diversos cantones (artículo 96), y la Constitución belga prevé que el “Consejo de ministros cuenta, en igual número, con ministros de idioma francés y ministros de idioma holandés” (artículo 99), mientras que las normas convencionales consagradas en Australia y Canadá disponen que todos los estados miembros tengan un exponente en el colegio del gobierno.

3. La participación en la segunda cámara federal y las características del bicameralismo

En todos los ordenamientos federales existe una asamblea que es considerada cámara de representación de los intereses de los estados miembros (cámara de los estados, cámara alta), mientras que otra asamblea es considerada como cámara de representación de los intereses nacionales (cámara baja). Según el proyecto del constituyente norteamericano se hubiera consagrado el principio de la presencia paritética (representación igual) de los estados miembros en la cámara alta junto al de la presencia de sus poblaciones en modo proporcional en la cámara baja.

Sin embargo hay que señalar que las cámaras altas se han consagrado progresivamente como asambleas parlamentarias “nacionales”, por obra de la función unificadora desarrollada por los grandes partidos. Las cámaras altas son, pues, centros de representación de intereses nacionales, al igual que las cámaras bajas, como lo demuestran las normas que prevén para sus miembros la prohibición del mandato imperativo (artículo 161, 1 de la Constitución suiza y artículo 56 de la Constitución austriaca).

En el Estado federal el modelo organizativo bicameral presenta características particulares con respecto a cuanto se verifica en los demás ordenamientos con estructura bicameral. Debe recordarse, en particular, que la segunda cámara puede estar compuesta por parlamentarios que representan a los estados de pertenencia pero dotados de autonomía política, no sujetos a mandato imperativo, como se ha observado (la segunda cámara como Senado: Estados Unidos, Suiza, Austria, Australia, Canadá, Bélgica), o bien puede componerse por delegados de los gobiernos de los estados de pertenencia, vinculados por directivas políticas, evocando el modelo de los organismos colegiados internacionales (la segunda cámara como consejo, típica de la tradición constitucional alemana).

En los diversos ordenamientos existen criterios particulares en cuanto a la elección de los integrantes de las asambleas y en cuanto a la asignación de los escaños. Mientras la cámara baja es elegida con sufragio universal directo, la alta puede formarse según varias modalidades: sus miembros pueden ser componentes de los gobiernos de los estados miembros (Alemania), ser nombrados por el gobierno federal (Canadá), ser elegidos por cuerpos electorales de los estados o por las asambleas legislativas. Los escaños en la cámara alta pertenecientes a los estados pueden ser atribui-

dos de acuerdo con el principio de la “representación igual” (dos por cada estado en los Estados Unidos y en Suiza, en donde los semi-cantones tienen un solo escaño) o teniendo en cuenta la consistencia numérica de las poblaciones (Alemania, Austria, Canadá).

Por cuanto se refiere a los aspectos funcionales, en general las dos asambleas tienen atribuciones equivalentes en el procedimiento legislativo, a excepción de la preferencia contemplada para la cámara baja en materia financiera y fiscal. En Austria y Alemania las cámaras altas tienen poder de veto sobre la legislación votada por la cámara baja, que puede ser removido mediante votaciones con mayoría calificada, y la cámara alta alemana tiene una función particular en materia de votación de la legislación que recae sobre los intereses de los *Länder*. En los ordenamientos con forma de gobierno parlamentaria la relación política de confianza se instaure por lo general entre el gobierno y la cámara baja; sin embargo, la cámara alta cuenta con atribuciones de supervisión y de control que pueden condicionar al gobierno.

VI. ESTADO FEDERAL Y ESTADO REGIONAL

Existe una distinción tradicional entre Estado federal y Estado regional que deriva del origen histórico de las dos fórmulas organizativas. En el primer caso el Estado se ha formado mediante la agregación de Estados soberanos antecedentes; en el segundo, un Estado unitario ha realizado una descentralización reconociendo entes autónomos territoriales. Entre las varias diferencias que se enumeran, hay que añadir: que los estados miembros tienen autonomía constitucional, pudiendo darse una Constitución propia, mientras que las regiones tienen tan sólo autonomía legislativa; que los estados miembros son titulares de todas las competencias no atribuidas al Estado federal, mientras que las regiones son titulares de las solas competencias que se les han asignado, quedando las competencias residuales al Estado; que en el Estado regional no existe una segunda cámara representativa de los intereses territoriales; que las regiones no participan en los procedimientos de revisión constitucional, y no son titulares de funciones jurisdiccionales.

En realidad los argumentos aducidos para indicar una diferencia cualitativa entre el modelo de Estado regional y el modelo de Estado federal parecen sin fundamento.

Por cuanto se refiere a la “*autonomía constitucional*” de los estados miembros y de los Estados federales, debe señalarse que las denominadas Constituciones estatales no son expresión de un poder constituyente libre, en cuanto se encuentran condicionadas por la Constitución federal que fija vínculos puntuales a la autonomía de los estados miembros. En efecto, todas las Constituciones federales imponen el respeto de los principios relativos a la forma de Estado (como el principio republicano, democrático, de protección de los derechos fundamentales: artículo IV, sección 4, Constitución de Estados Unidos; artículo 51, 1 de la Constitución suiza; artículo 28, Ley Fundamental alemana).

Por lo que se refiere a los criterios de atribución de competencias, existen ejemplos de Constituciones federales que prevén la atribución de competencias a los estados miembros y de los poderes residuales en favor del Estado central (el *British North America Act* de 1867 contiene la enumeración de las atribuciones federales [artículo 91] y la de las competencias de los Estados [artículos 92 y 92 a]). Existen también Constituciones de Estados definidos regionales que contienen la enumeración de las competencias del Estado, además de las de las regiones (Constitución de España, 1978, artículos 149 y 148), mientras que en otros casos se atribuyen expresamente a las regiones los poderes residuales (*cf.* Madeira y Azores, artículo 228 de la Constitución de Portugal de 1976; Italia, artículo 117, inciso 4 de la Constitución).

En lo referente a la ausencia de una segunda cámara de representación de los intereses regionales, por una parte puede recordarse el ejemplo del Senado previsto por la Constitución española, en el cual parte de los senadores son designados por las comunidades autónomas (artículo 64 de la Constitución), pero, sobre todo, debe recordarse que las segundas cámaras “federales” cada vez más se consideran representativas de los intereses nacionales al igual que las cámaras bajas.

Por cuanto se refiere a la función *jurisdiccional*, mientras existen ejemplos de los ordenamientos federales en los cuales los estados miembros carecen de la misma (Constitución austriaca, artículo 82, 1), existen unos ejemplos de participación de las regiones en la organización de las estructuras judiciales (*cf.* artículo 152 de la Constitución española y artículo 99 de la Constitución belga).

En general, parece que las características que distinguen los dos modelos, federal y regional, no son tan evidentes como tradicionalmente se sostiene, mientras que numerosos y generalizados son los aspectos de

convergencia, por lo que se puede considerar que las diferencias afectan no sólo la fórmula unificadora de la descentralización del Estado a través de entes políticos territoriales dotados de autonomía, cuanto los contenidos de tal autonomía que en general es más amplia para los entes que forman los ordenamientos tradicionalmente calificados como federales.

VII. EJEMPLOS DE FORMAS DE ORGANIZACIÓN EN LOS ESTADOS REGIONALES

Antes de proceder con el análisis de algunas tendencias constitucionales que han dado espacio particular a las garantías de las autonomías políticas territoriales y que se reconducen en la figura del Estado regional, se debe recordar que la relevancia de los intereses de las comunidades regionales puede surgir a través de diversas formas institucionales que pueden remitirse a los siguientes esquemas: la institución de estructuras organizativas estatales competentes para las áreas regionales, la institución de regiones administrativas y la institución de regiones políticas.

1. *Regionalización del aparato estatal y regiones administrativas*

La *regionalización del aparato estatal* se encuentra presente en Gran Bretaña, donde los ministros que forman parte del gabinete tienen asignada la responsabilidad de vigilar la ejecución regular de las intervenciones estatales en áreas regionales periféricas. En este ordenamiento el secretario de Estado para el Ambiente está encargado de dirigir las políticas para las áreas metropolitanas, y el responsable de los departamentos para la industria y el comercio vigila las políticas de ayuda regional, mientras que para las intervenciones en Gales, Escocia y en Irlanda del Norte son propuestos secretarios de Estado con competencia territorial específica. Además existen numerosas instituciones a nivel regional, estructuras descentralizadas de los departamentos centrales, estructuras híbridas formadas con el concurso local y central. Sin embargo, Gran Bretaña continúa caracterizándose por la ausencia de estructuras homogéneas y generalizadas, intermedias entre las locales (condados y municipios) y las centrales y, de todos modos, las formas organizativas intermedias, donde existen, se caracterizan porque cuentan con órganos ya

formados sin que sea necesario recurrir a elecciones por obra de las comunidades regionales. El solo ejemplo que se tiene de autonomía política regional es el que se verifica en Irlanda del Norte de 1920 a 1972, cuando tal región tuvo la propia asamblea legislativa con competencia generalizada, excepto para las materias reservadas al Parlamento del Reino Unido.

Recientemente la previsión de un proceso de descentralización política para Escocia y para Gales llevó a dos consultas *referendarias* a través de las cuales se solicitó a los electores manifestar el propio asenso sobre la institución del Parlamento en Escocia con poderes legislativos autónomos y con poderes de variación de la imposición fiscal directa, y de una asamblea con poderes legislativos secundarios en Gales para controlar las funciones cubiertas por la Oficina para Gales (*Welsh Office*) del gobierno central. Tras el éxito positivo de las consultas *referendarias* de septiembre de 1997 el proceso institucional y político, que se activó gracias a los resultados *referendarios*, impulsó al gobierno británico (cuyo programa preveía la solución del problema de solicitud de autonomía para Escocia y Gales) a presentar, para el examen del Parlamento, un proyecto de ley orgánica sobre la descentralización política (*devolution*) destinado a asumir, una vez que fuera aprobado, relieve constitucional en el ordenamiento jurídico del Reino Unido.

El texto legislativo elaborado por el gobierno instituye el Parlamento escocés, formado por una sola cámara y compuesto por miembros elegidos cada cuatro años, una parte en colegios uninominales y la otra en circunscripciones regionales con sistema proporcional. Al órgano parlamentario se le atribuyen, en las materias que se transfieren para su competencia y que se pueden individuar a título de exclusión de las materias reservadas al Parlamento de Westminster, los poderes legislativo y de investigación parlamentaria. Los proyectos de ley, con el fin de evitar que la iniciativa legislativa exceda a la competencia del Parlamento, son sometidos previamente al examen por parte del gobierno escocés, del presidente de la asamblea y del *Judicial Committee*. El Poder Ejecutivo es atribuido por parte del proyecto gubernamental al gobierno escocés (*Scottish Executive*), órgano colegiado compuesto por el primer ministro, nombrado por el Parlamento de entre sus miembros y sostenido por la confianza parlamentaria, por los ministros nombrados por el primer ministro y con la posibilidad de ser revocados por este mismo. Entre las funciones que se transfieren al gobierno local se prevé la actuación en el

territorio escocés de las obligaciones que derivan del derecho de la Unión Europea. Por cuanto concierne a la autonomía financiera, el proyecto instituye el *Scottish Consolidated Fund* y asigna a Escocia una cuota de gasto público global del Reino Unido. El Parlamento escocés puede variar la imposición fiscal directa con respecto a los contribuyentes que tengan residencia en Escocia y, asimismo, puede autorizar la deuda por un breve periodo por parte del Ejecutivo para hacer frente a los desequilibrios coyunturales entre las entradas y los gastos.

El modelo de *región administrativa*, término con el cual se caracteriza la ausencia de legitimación con base en el procedimiento electoral de los órganos de gobierno regionales, se presenta en Turquía, en donde la región es relevante para fines de la programación nacional; en Portugal, donde las regiones son calificadas como regiones administrativas (artículos 256 y ss. de la Constitución de 1976, revisado mediante ley constitucional núm. 1/89), a excepción del régimen con autonomía política de Azores y Madeira; y en Francia, a partir de la ley núm. 82-213 del 2 de marzo de 1982 “relativa a los derechos y libertades de los municipios, los departamentos y las regiones”, con la cual se considera a las regiones como regiones “políticas”.

En el ordenamiento francés la región no estaba prevista en la Constitución de 1958, sino que era concebida, sobre todo, como el ámbito territorial en el cual debían operar los órganos descentralizados del aparato central para la preparación y actuación del plan económico nacional. Los decretos del 30 de junio de 1955 y del 2 de junio de 1960 instituyeron veintiún regiones, posteriormente un decreto del 9 de enero de 1970 añadió la región Corsica, con atribuciones preparatorias y consultivas, gobernadas por un gobernador civil (definido gobernador civil coordinador, y luego gobernador civil de la región), al inicio dotadas de una Comisión de Desarrollo Regional que estaba formada no tanto por miembros no electivos sino por miembros que estaban presentes o *ex officio* o porque eran representantes de ciertas entidades territoriales y socio-profesionales, pero todos nombrados a nivel gubernamental. El 27 de abril de 1969 se intentó modificar el ordenamiento instituyendo la región como colectividad territorial, pero sin que sus órganos emanasen del sufragio universal: esta propuesta fue sometida a referéndum por el entonces presidente De Gaulle, pero fue rechazada. Una ley del 5 de julio de 1972 modificó en parte la disciplina regional, pero sin cambiar su formulación: las regiones se definían como entes públicos, pero seguían dotadas

de atribuciones esencialmente preparatorias o de estudio en función del programa económico nacional, sin embargo le eran reconocidas algunas competencias de gestión administrativa y limitados recursos financieros propios. En parte se modificaba la estructura organizativa, porque junto al gobernador civil, que continuaba siendo una especie de Ejecutivo regional, se introdujo un Consejo Regional, órgano no electivo formado por diputados y senadores de los departamentos que hacían parte de la región, y comprendía también a los representantes elegidos por los consejos departamentales y a los representantes designados entre los alcaldes de los municipios y los consejeros generales de los departamentos en el ámbito de la región. También se añadió un Comité Económico y Social, que tenía funciones de representación corporativa de intereses, con atribuciones consultivas.

Desde hace tiempo, el modelo de región administrativa ha entrado en crisis en el Estado unitario centralista, en el que su sustitución con el modelo de la *región* “política”, basado sobre la aplicación del *principio electivo* de los titulares de los órganos de gobierno, responde entre otras cosas a la exigencia de realizar una reestructuración de la administración del Estado en su totalidad. Desde esta perspectiva se ha movido la regionalización introducida en la Constitución italiana de 1948, la prevista por la Constitución española de 1978, y, si bien de manera tímida, la ley adoptada por el Parlamento francés (ley núm. 82-213 del 2 de marzo de 1982), que define las regiones como “colectividades territoriales... administradas por un Consejo Regional elegido mediante sufragio universal directo”.

La atribución de funciones de dirección, legislativas y administrativas a las regiones “políticas”, como sucede en el ordenamiento italiano y español, así como su participación en algunas funciones del Estado central, *acercan las regiones de los Estados definidos habitualmente “regionales” a los estados miembros de Estados definidos federales*, aunque en los Estados federales la colaboración en el ejercicio de las funciones estatales es particularmente acentuada, ya que en éstos se encuentra la segunda cámara federal que representa a los entes territoriales políticos, y su participación en la función de revisión constitucional. Sin embargo, es común a las soluciones formalmente “regionales” y “federales” la institución de un órgano jurisdiccional, diversamente calificado, que a nivel central tiene la tarea de resolver los conflictos entre las entidades autónomas y el Estado central. En efecto, tanto en los Estados denominados re-

gionales como en los federales existe el tribunal supremo (tribunal o corte constitucional, corte suprema) que tiene competencia no sólo en cuanto a la interpretación y aplicación de la Constitución, sino también de manera específica en cuanto a la interpretación y a la aplicación de la misma en función de garantía de las competencias de cada uno de los entes territoriales que comprenden el Estado.

2. El Estado regional en Italia

Ejemplo de Estado regional es el previsto por la actual Constitución italiana (artículos 114 y ss.). La carta constitucional distingue veinte regiones. A cinco de éstas (Trentino-Alto Adige, Friul-Venecia Julia, Valle de Aosta, Sicilia y Cerdeña), por motivos de carácter territorial, histórico y político, se les atribuyen formas y condiciones particulares de autonomía por medio de estatutos especiales adoptados mediante ley constitucional (regiones con estatuto especial).

El ordenamiento regional italiano tal como se encontraba estructurado por las disposiciones constitucionales, hasta la reciente reforma del título V de la Constitución, era un sistema que reconocía la competencia general del Estado y las competencias taxativas de las regiones, lo que comportaba la atribución a la competencia regional de determinados sectores de intervención, mientras lo que no fuera atribuido a las regiones quedaba residualmente de competencia de los órganos centrales.

La nueva regulación, establecida por la ley de revisión constitucional, núm. 3 de 2001, que volvió a redactar completamente el título V de la Constitución, prevé actualmente que el Estado tiene competencia legislativa tan sólo en las materias enumeradas (artículo 117, 2), mientras que “corresponde a las regiones la potestad legislativa con respecto a toda materia que no se encuentre reservada de manera expresa a la legislación del Estado” (artículo 117, 4).

Se prevé, además, una potestad legislativa denominada “concurrente”, que tiene por objeto una serie de materias con referencia a las cuales la competencia normativa de las regiones se ejerce en el límite de los principios fundamentales establecidos en la legislación del Estado (artículo 117, 3).

Por el contrario, en lo que concierne a la potestad administrativa, la nueva disciplina constitucional establece un papel central de los munic-

pios a los cuales son atribuidas las funciones administrativas, salvo que para asegurar el ejercicio unitario, éstas sean conferidas a entes territorialmente más vastos, entre los cuales la Constitución menciona a las regiones (artículo 118, 1).

En el ordenamiento regional italiano actual —según la reforma de la citada ley de revisión constitucional núm. 3 de 2001— si bien dejando inalterado el principio fundamental del artículo 5 de la Constitución, que consagra el carácter único e indivisible de la República, al Estado no corresponde más preconstituir las líneas esenciales de la organización regional.

En efecto, mientras permanece intacta la competencia de este último en adoptar mediante ley constitucional los estatutos de las regiones especiales, disminuye la necesidad de la aprobación con ley ordinaria de los estatutos de las regiones ordinarias.

Del mismo modo, si antes de la reforma de 2001 la disciplina del sistema electoral de las regiones se contenía en una ley del Estado, ahora el artículo 122 de la Constitución prevé que “el sistema de elección y los casos de inelegibilidad y de incompatibilidad del presidente y de los demás miembros de la Junta Regional así como de los consejeros regionales son regulados mediante ley regional”; agrega la misma disposición: “en los límites de los principios fundamentales establecidos mediante ley de la República”.

Además, la reforma de 2001 confirió a las regiones —por lo menos sobre el papel— una mayor autonomía financiera previendo (artículo 119) que éstas —junto con los municipios, las provincias y las ciudades metropolitanas— tengan “autonomía financiera en cuanto a los ingresos/entradas y en cuanto a los gastos/salidas”.

El predominio del carácter unitario del Estado (artículo 5 constitucional) emerge, entre otras cosas, de la previsión constitucional de *límites* dentro los cuales puede ejercerse la competencia legislativa regional y, sobre todo, de la posibilidad, reconocida al gobierno por el artículo 120, 2 de la Constitución, de sustituir a las regiones en el caso de “falta de respeto de las normas y los tratados internacionales o de la normativa comunitaria como también grave peligro para la incolumidad y la seguridad pública, o cuando así lo requiera la tutela de la unidad jurídica o de la unidad económica y en particular la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones que conciernen los derechos civiles y sociales, prescindiendo de los confines territoriales y de los gobiernos locales”.

Además, el Estado es titular de la función de dirección y de coordinación, así como de los poderes de control. La función de dirección y coordinación puede ejercerse según los modos previstos por el artículo 9 de la ley núm. 59 de 1997. Los poderes de control se refieren tanto a los actos de las regiones como a los órganos regionales. Con respecto al control sobre los actos, mientras la Constitución no prevé más el control preventivo del Estado sobre los actos administrativos regionales, establece que los estatutos de las regiones ordinarias pueden ser impugnados por el gobierno, al cual se le reconoce la facultad de promover la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte Constitucional (artículo 123, 2 de la Constitución). Análogamente, el artículo 127, 1 de la Constitución prevé que el gobierno estatal, cuando observe que una ley regional excede la competencia de la región, puede promover la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte Constitucional. Por lo tanto, la revisión constitucional ha eliminado el carácter de presupuesto del control y, por ende, ha equiparado la posición del Estado a aquella de las regiones, a las cuales, igualmente, el segundo párrafo del artículo 127 de la Constitución confiere la posibilidad de promover la cuestión de legitimidad constitucional de una ley estatal, dentro de los sesenta días de su publicación, cuando la región considere que ha sido lesionada su esfera de competencia.

Los controles sobre los órganos se resumen en el poder estatal de disolución de los consejos regionales por graves motivos particulares y con garantías idóneas (artículo 126 constitucional).

Si los elementos indicados tienden a valorar la naturaleza unitaria del Estado, si bien en presencia de una autonomía política amplia que se manifiesta sobre todo mediante atribuciones propias en materia legislativa, también existen elementos que pueden aproximar el escogimiento constitucional italiano al modelo federal. En particular, la Constitución atribuye a la Corte Constitucional facultades para resolver los conflictos de competencia entre el Estado y las regiones y entre las regiones (artículo 134 de la Constitución), de manera similar a cuanto sucede en los Estados federales. Además, las regiones participan en la formación de los órganos y en el ejercicio de las funciones estatales, si bien no se puede asimilar a lo que se verifica en el Estado federal, ya que falta una segunda cámara formada por las regiones mismas. La previsión de la elección del Senado “con base regional” (artículo 57 de la Constitución) se refiere, en realidad, únicamente a la extensión de las circunscripciones para votar.

A las regiones le son reconocidos además: poderes de iniciativa legislativa, también constitucional, atribuidos a cada consejo regional (artículo 121 de la Constitución); el nombramiento de los delegados para las elecciones del presidente de la República (artículo 83 de la Constitución); el poder de expresar pareceres sobre las modificaciones de circunscripciones regionales y sobre la variación del número de las regiones (artículo 132); el poder de intervención del presidente de las regiones con estatuto especial en el Consejo de Ministros, mediante voto consultivo, con ocasión de las deliberaciones que conciernen a cada una de las regiones; la facultad de promover (mediante la solicitud de por lo menos cinco consejos regionales) el referéndum abrogatorio (artículo 75) e integrante de leyes constitucionales (artículo 138). El artículo 11, 1 de la ley constitucional núm. 3 de 2001 prevé, en fin, que hasta el momento de la revisión de las normas sobre la composición del Senado, “los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado de la República pueden prever la participación de representantes de las regiones... en la comisión parlamentaria para los asuntos regionales”.

Las leyes estatales y los estatutos regionales prevén la participación de las regiones en organismos administrativos estatales, incluidos a veces los comités de ministros, así como algunas comisiones y comités en los que participan las regiones y los órganos estatales. Instrumentos éstos a los cuales hay que añadir la praxis del “concierto” y del “acuerdo” entre Estado y regiones antes de regular casos de interés común.

La tendencia a una valorización mayor de los entes regionales tras la adopción de la carta constitucional (aplicación de la ley núm. 382 de 1975 mediante el Decreto del presidente de la República —DPR— núm. 616 de 1977) se ha traducido en una acentuación del carácter descentrado del Estado que sin embargo ha mantenido su carácter unitario. Por tanto, el Estado continúa siendo titular de la función de legislación y programación general, la región, por su parte, es titular de la función de legislación y programación específica, y los entes autónomos menores ejercen una función de administración por sectores orgánicos.

Con posterioridad a 1980, la experiencia regional ha conocido una evolución progresiva que va del “dualismo garantizador” en la fase precedente, que concebía al Estado y a las regiones como entidades separadas y titulares de esferas de competencia que no interfieren de manera recíproca, hasta llegar al “regionalismo cooperativo”, fundado sobre la leal colaboración entre los diversos sujetos del Estado-ordenamiento en

las materias en las cuales se presente una convergencia de competencias. La racionalización del enlace Estado-regiones se concentró en la creación de la *Conferencia permanente para las relaciones entre el Estado, las regiones y las provincias autónomas* (ley núm. 400 de 1988), unificada posteriormente en la *Conferencia Estado-ciudad* (DPR 281/1997). Una contribución determinante en el sentido de la configuración del *valor constitucional de la leal cooperación o colaboración* ha sido ofrecida por la Corte Constitucional, que inauguró en el marco de su jurisprudencia sobre los conflictos de competencia, a partir los años ochenta, un periodo de consideración y valoración más cuidadosa, mediante la rigurosa aplicación del principio mencionado en todas las circunstancias, que, si bien prescindiendo de expresas disposiciones normativas en este sentido, requieren la activación de mecanismos procedimentales de coordinación del *parecer o del acuerdo*. A una redefinición de las relaciones entre el Estado y las regiones, por un lado, y entre las regiones y los entes infrarregionales, por el otro, contribuyó sensiblemente la ley 59/1997 y el decreto legislativo 112 de 1998, a los cuales subsiguió la mencionada reforma del título V de la Constitución, de tal forma que la revisión del texto constitucional, en lugar de preceder, como generalmente sucede, las modificaciones legislativas, tuvo lugar tan sólo posteriormente. Esto ha originado toda una serie de problemas concernientes a la evaluación del impacto de la nueva disciplina constitucional sobre la reforma legislativa ya en vigor.

3. *El Estado regional en España*

La experiencia de la Constitución republicana española de 1931 se ha presentado muchas veces como ejemplo de Estado regional.

La fórmula ideada por los constituyentes fue el *Estado integral* (artículo 1), considerado como una superación tanto del Estado unitario como del federal. Se reconoció al ente región como “*núcleo político-administrativo*” auto-organizado mediante un estatuto propio, pero la institución efectiva de cada región se subordinó a la iniciativa de cierto número de provincias limítrofes (artículo 11). Correspondía a las *Cortes* decidir la creación de las regiones, previa propuesta de la mayoría de los ayuntamientos o de aquellos ayuntamientos cuyos municipios comprendieran dos tercios de los electores. La aprobación de los estatutos se subordina a su compatibilidad con la Constitución (artículo 12). Las competencias se

distribuían entre el Estado y las regiones de este modo: algunas materias eran de competencia exclusiva estatal tanto respecto a la legislación como a la ejecución (defensa, asuntos exteriores, finanzas, etcétera) (artículo 14); otras se reservaban al Estado en cuanto a la legislación, mientras que la ejecución podía confiarse a las regiones, previa determinación facultativa de las *Cortes* (artículo 15); las materias no comprendidas en los artículos 14 y 15 se confiaron a las regiones, las cuales tendrían que regularlas en los estatutos sometidos a aprobación parlamentaria (artículo 16). Todo lo que no fue disciplinado por los estatutos seguía siendo competencia estatal (poderes residuales: artículo 18).

El predominio del ordenamiento estatal aparecía en otras normas: facultad del Parlamento para adoptar leyes-cuadro donde se fijaban los principios que debían observar las regiones, previo parecer del Tribunal de Garantías Constitucionales (artículo 19); predominio del derecho constitucional estatal, salvo las hipótesis previstas como competencia exclusiva regional (artículo 21). La Constitución, en fin, establecía la competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales para resolver los conflictos de competencia entre el Estado y las regiones (artículo 131, 3). Debido a la sublevación franquista y a la consiguiente guerra civil (1936), tan sólo Cataluña empieza a actuar como región autónoma (a partir de 1932). El País Vasco (Euskadi) obtuvo la aprobación de su estatuto demasiado tarde; Galicia apenas consiguió presentar su estatuto a las *Cortes*.

Inspirándose en parte en el ordenamiento de la II República de 1931, la Constitución española de 1978, tras afirmar la “indisoluble unidad de la nación española”, reconoce y garantiza “el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran” (artículo 2). Las *comunidades autónomas* (denominación de los entes autónomos) no tienen carácter necesario ni se concretan directamente por el constituyente —como en Italia—; por el contrario, tanto su institución como extensión dependen, en concreto, de una iniciativa que se confía en vía general (ya que reglas distintas conciernen a las tres regiones históricamente diferenciadas, País Vasco, Cataluña y Galicia) a los órganos de las provincias interesadas o, según una determinada mayoría, a los municipios (artículo 143).

El procedimiento para acceder a la autonomía es diferente: en cuanto a la iniciativa, para las tres regiones ya citadas y para otras que siguen un procedimiento particular (que comprende, entre otras cosas, un referéndum), el proyecto de estatuto se elabora por los diputados y senadores

elegidos en el correspondiente ámbito territorial y luego puede ser examinado por una comisión del Congreso y, en caso de aprobación, se somete directamente a referéndum y, en fin, a la ratificación de las cámaras (artículo 151). En cambio, en otros casos se discute el proyecto por las cámaras como un proyecto de ley ordinaria (artículo 146).

También son diversas para las dos categorías de *comunidades autónomas* las competencias que se les pueden atribuir estatutariamente (exclusivamente las enumeradas por el artículo 148, salvo que en las tres regiones antes citadas éstas pueden asumir cualquier competencia exceptuándose las expresamente reservadas al Estado por el artículo 149). Además a las competencias previstas en los estatutos, pueden, ulteriormente, delegarse otras funciones o transferirse mediante ley del Estado (artículo 150). Por otro lado es distinta la posición de las *comunidades* respecto a la potestad legislativa: potestad que si corresponde, claramente a aquellas cuyo estatuto se aprobó según el procedimiento más complejo, no está garantizada a las otras.

Entre las normas constitucionales que regulan las relaciones entre el Estado y las *comunidades autónomas* hay una notable, a saber: la reserva al Estado de la facultad de emanar leyes que contengan los principios necesarios para armonizar las disposiciones regionales (artículo 150) al régimen de los controles, confiados principalmente al Tribunal Constitucional, a la jurisdicción administrativa y al Tribunal de Cuentas (artículo 153); la adopción de medidas —por parte del gobierno, previo consentimiento de la mayoría absoluta del Senado— para obligar a las *comunidades* al cumplimiento de las obligaciones previstas por la Constitución o por la ley o para tutelar un interés general que puede ser perjudicado por actos de éstas (artículo 155).

Por otra parte, las *comunidades autónomas* pueden participar en la adopción de las decisiones estatales mediante la presentación de proyectos de ley (artículo 87) y la elaboración de previsiones sobre cuya base el gobierno fija los proyectos de planificación (artículo 131). Además, las regiones están representadas en el Senado (pues comprende representantes designados por las asambleas regionales: uno por cada *comunidad* y otro por cada millón de habitantes, artículo 69).

Por cuanto se refiere a la actuación del ordenamiento de las autonomías, se observa que su realización al principio fue moderada por razones políticas y por las imperfecciones técnicas del título VIII. Se empezó con la Ley Orgánica sobre Finanzas Regionales (LOFCA de 1980) que pre-

veía formas mixtas de financiación: las comunidades se hubieran beneficiado de una cuota de recursos estatales, transferidos a éstas mediante un “fondo de compensación territorial” (ex artículo 158 de la Constitución), y además de las rentas de impuesto propias de acuerdo con los artículos 156 y 157. Además, un proyecto de armonización del ordenamiento institucional (la llamada LOAPA, de 1981) celebrado entre los dos partidos mayoritarios (UCD y PSOE) no fue acogido por los grupos políticos restantes, que lo sometieron a cinco “recursos previos de inconstitucionalidad”, y finalmente, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 5 agosto de 1983.

Haciendo uso del procedimiento previsto por el artículo 143, en la totalidad del territorio nacional se ejerció el derecho a crear comunidades autónomas. Se trata de diecisiete comunidades: en 1979 son promulgados los estatutos para Cataluña y el País Vasco; en el 1981 los de Galicia, Andalucía, Asturias y Cantabria; en 1982 los estatutos para Rioja, Murcia, Valencia, Aragón, Castilla-La Mancha, Islas Canarias, también el mejoramiento del régimen especial de Navarra; en 1983 los estatutos para Extremadura, Islas Baleares, Madrid, Castilla-León y, en fin, en 1985, los especiales de Ceuta y Melilla. En cuanto al ordenamiento interno de las comunidades, luego del rechazo del proyecto LOAPA y de su conversión en ley (ordinaria) del proceso de autonomía (1983), la estructura organizativa prevé: una asamblea legislativa (con variación en el número de los miembros, según la población); un órgano ejecutivo, dirigido por el presidente, políticamente responsable ante la asamblea; un ordenamiento judicial de base territorial integrado en el aparato de justicia del Estado, colocando en el vértice a los denominados “tribunales superiores de justicia de la comunidad autónoma”. En numerosos ordenamientos se introdujo una versión regional del instituto del *ombudsman*. En conjunto, tras las presiones de las fuerzas políticas locales y las intervenciones del Tribunal Constitucional, debidas en parte a las incertidumbres de la normativa constitucional, el régimen de las autonomías se ha realizado progresivamente agotando las posibilidades ofrecidas por el texto constitucional. Se ha comenzado a hablar de un modelo denominado “federo-regional”, que vendría a ser la completa maduración del estado de las autonomías, y esto también ante una modificación del Senado como “cámara de representación territorial” (artículo 69), en dirección de una segunda cámara federal.

En 1994 tuvo lugar una primera gran serie de reformas estatutarias para acoger las significativas transferencias de los servicios públicos realizadas por la Ley Orgánica núm. 9/1992, que aludía a las comunidades que adoptaban el procedimiento denominado “lento” de adopción del estatuto, es decir, aquel regulado por el artículo 146 de la Constitución. Sucesivamente, con dos años de distancia, gracias a la victoria de las elecciones de marzo de 1996 por parte del Partido Popular y, sobre todo, en razón al hecho de que la coalición gubernamental había recibido también el apoyo del Partido Nacionalista Vasco, de la Coalición Nacionalista Catalana (Convergencia y Unión) y de la Coalición Canaria, el régimen de las autonomías españolas obtuvo importantes y significativos desarrollos. Sobre todo hay que mencionar la propuesta de ley que modifica el sistema de financiación de las regiones (que incluye, entre otras cosas, la potestad legislativa en materia tributaria asignada a las mismas autonomías regionales, y en consecuencia, la competencia de fijar los diversos tributos en forma autónoma), sometida además al juicio del Tribunal Constitucional (sobre impugnación de las tres regiones gobernadas por el PSOE [Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura]); en segundo lugar hay que mencionar la ley núm. 6 del 11 de abril 1997 (Organización y funcionamiento de la administración general del Estado) emanada con el objeto de realizar la llamada “administración única” en los diversos niveles territoriales, la cual ha comportado un significativo desprovisionamiento de las atribuciones gubernamentales generalmente transferidas en favor del delegado del gobierno en las regiones. El delegado del gobierno es designado directamente por el gobierno y tiene la tarea de dirigir y supervisar todos los servicios del Estado en el territorio. También en el ámbito de la organización político-administrativa, la institución regional se ve influida de manera significativa por este clima favorable, y esto se refleja principalmente en las reformas tanto del Estatuto de las Canarias y en el aragonés de 1996, como en el Estatuto adoptado por la comunidad Castilla-La Mancha en 1997.

SECCIÓN VI

LA CONCENTRACIÓN DEL PODER COMO EXCEPCIÓN

DEROGACIONES DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN

El principio de la separación de poderes es la regla, pero hay que subrayar que el Estado liberal no excluye, en casos excepcionales, el recurso a la *concentración del poder* en un solo órgano estatal acompañado por la suspensión de las garantías constitucionales relativas a los derechos de libertad. Esto se reconoce en caso de guerra y de crisis internas de tal índole que comprometan la existencia del ordenamiento. La concentración va unida a un régimen jurídico derogatorio de la Constitución con carácter temporal. Tal régimen se define “estado de guerra”, en el caso de emergencias internacionales y, por lo común, “estado de asedio” en caso de emergencias internas. Para sintetizar se puede usar el término comprensivo de “estado de crisis” para cualquier régimen de emergencia internacional o interna.

Para poder hablar en sentido técnico de estado de crisis deben darse algunos presupuestos.

1. *Estabilidad política de la organización estatal*

El ordenamiento político debe haber alcanzado cierto grado de estabilidad de suerte que pueda reconocerse como “normal” determinado estado de su organización a nivel del Estado-comunidad y del Estado-gobierno; esto es así porque no tendría sentido utilizar el concepto de crisis faltando cualquier parámetro seguro de referencia.

2. *Pluralidad de los centros constitucionales de imputación del poder*

En condiciones de normalidad la organización del Estado-gobierno debe comportar una articulación establecida sobre dos o más centros de

poder al que se imputan las competencias constitucionales, mientras que la organización del Estado-comunidad implica la aseguración de situaciones de ventaja, jurídicamente tuteladas, para los individuos y para las formaciones sociales. La introducción en las Constituciones dieciochescas, junto al principio de separación de poderes, del instituto de estado de asedio, que supone la concentración, significó introducir una “cláusula de salvaguardia del absolutismo” destinada a minimizar el proceso de afirmación de la institución parlamentaria y de los principios de garantía de los derechos de libertad. Pero también hoy, aun habiéndose consolidado el principio de separación, la instauración de un régimen de crisis con la suspensión de las garantías vinculadas al control entre los poderes y al respeto de las libertades individuales y de las autonomías colectivas, parece reconducir temporalmente al Estado “al origen de su evolución constitucional”. Esto mismo sucede en la hipótesis en que la crisis esté relacionada con la guerra internacional.

3. Recurso no habitual a los poderes de crisis

El recurso al estado de crisis debe presentar carácter excepcional. En efecto, no puede hablarse de estado de crisis en aquellos ordenamientos que utilizan como tendencia permanente los institutos del estado de asedio, como ocurre en muchos Estados sudamericanos, tomando como término de referencia una normativa que ya en sede constitucional privilegia, ampliamente, al Ejecutivo respecto al Legislativo (Constitución argentina de 1853, artículo 67, 26; Constitución boliviana de 1967, artículo 111; Constitución colombiana de 1886, reformada en 1968, artículos 121 y 122; Constitución chilena de 1925, reformada en 1970, artículo 72, 17; Constitución ecuatoriana de 1967, artículo 185, 2; Constitución guatemalteca de 1965, artículos 151 y 152; Constitución uruguaya de 1967, artículo 168, 7; Constitución venezolana de 1961, artículos 240, 242 y 244; Constitución brasileña de 1967, reformada en 1969, artículos 154, 156 y 157).

El recurso habitual y sistemático a las normas constitucionales que formalmente habilitan al Ejecutivo para derogar los principios sancionados en la Constitución trastoca los términos de la relación regla-excepción, de modo que la situación de normalidad es aquella que concreta un régimen de concentración del poder en favor del Ejecutivo, con la contextual constricción de las autonomías, mientras que la situación excep-

cional estaría dada por los intervalos que contemplan un incremento de la función de las asambleas y de las autonomías.

En un contexto en el cual el Ejecutivo ejerce casi la totalidad de los poderes, sin algún control de legitimidad sobre sus propios actos (el control de constitucionalidad en la mayoría de los casos, salvo raras excepciones, es suspendido) ni algún control político (en estos casos la disolución del Parlamento es una medida frecuente), surge la importancia del control internacional por obra de órganos externos que operan basándose en tratados internacionales. Dejando a un lado la posición dudosa de tales tratados respecto a las fuentes del derecho interno y el aspecto de la no obligatoriedad de las normas de derecho internacional, se observa que tal sistema ofrece protección a los individuos y por lo general no es rechazado por los Estados por razones de prestigio. El uso más o menos intermitente ha tenido lugar en casi todas las áreas geopolíticas, si bien ha sido en regiones como Latinoamérica, que ha tenido los resultados más interesantes.

Después de aclarar lo anterior hay que llamar la atención sobre dos aspectos recurrentes de la temática de los poderes de crisis en el Estado liberal y sus derivados: el primero concierne al órgano constitucional en favor del cual opera la concentración temporal del poder; el segundo versa sobre los mecanismos institucionales previsibles para que actúe la derogación de la separación de poderes e instaurar la concentración.

En cuanto al primer problema, se observa que la concentración puede efectuarse, en primer lugar, en favor de un *órgano ya previsto* por la Constitución, por lo regular sucede haciéndose beneficiario al Ejecutivo, que por su composición personal restringida, y a veces monocrática, y por su supraordenación a los aparatos administrativos, se le considera el más idóneo para afrontar las situaciones de emergencia. Puede también darse, siempre a título excepcional y temporal, una modificación de la estructura organizativa mediante la institución de un *nuevo órgano*. En tal hipótesis figuran las llamadas dictaduras “comisorias”, que se establecen para tutelar las instituciones existentes y por esa característica se distinguen de las soluciones organizativas temporales encaminadas a instaurar ordenamientos constitucionales diversos y nuevos respecto al preexistente (las llamadas dictaduras constituyentes) (véase quinta parte, capítulo segundo, sección I).

También en la última hipótesis citada se realiza, con la temporalidad del régimen extraordinario, una concentración de atribuciones constitu-

cionales en un solo órgano: la diferencia fundamental respecto a los otros regímenes de crisis radica en la circunstancia de que no sólo el Parlamento, sino también el mismo Ejecutivo, puede ser despojado temporalmente de sus facultades. Es un órgano nuevo y distinto del Ejecutivo previsto en la Constitución.

En cuanto al segundo problema citado, una de las características de los regímenes de crisis es que por su naturaleza, al ser asociados a presupuestos excepcionales, no es posible determinarlos con anticipación, y aunque se diera algún tipo de previsiones, éstas por lo general son insuficientes para afrontar las exigencias que efectivamente se presentan y, por ende, terminan comportando la adopción de medidas diferentes de las formalmente previstas. Aclarado lo anterior, puede comprobarse que existen algunos esquemas de modalidades a través de los cuales se deroga el régimen normal de separación por una concentración de facultades en el Ejecutivo. Existen: *a)* la previsión preventiva de la posibilidad de un régimen derogatorio en la misma Constitución, con eventuales reenvíos, en tal sede, a sucesivas leyes de actuación, o *b)* en leyes —en estos casos se produce una alternativa entre la valoración parlamentaria o del mismo Ejecutivo en cuanto a la existencia en concreto de los presupuestos que justifican la derogación—; se da una ausencia de previsión que implica, o *c)* el otorgamiento excepcional de atribuciones por parte del Parlamento al Ejecutivo, por lo general a iniciativa del segundo (los llamados plenos poderes), o *d)* la auto-asunción de facultades por parte del gobierno, que conlleva, a veces, la sucesiva ratificación parlamentaria.

La hipótesis de la *previsión constitucional* (inciso *a)* se daba en las Constituciones de las monarquías constitucionales que pretendían con esto preestablecer un pretexto normativo para el restablecimiento de regímenes de concentración en favor del Ejecutivo monárquico (las llamadas cláusulas de salvaguardia del absolutismo; véanse, por ejemplo, las Constituciones: francesa del año VIII, artículo 92; austriaca de 1867, artículo 14; búlgara de 1879, artículos 47 y 48; rusa de 1906, artículo 87; montenegrina de 1906, artículo 75. Es significativa la práctica austriaca y rusa en que, también, a causa de la falta de convocación de los Parlamentos, el Ejecutivo gobernó mediante decretos valiéndose de las citadas cláusulas). En tiempos más recientes fue muy conocido el ejemplo del artículo 48, 2 de la Constitución de Weimar, que habilitaba al presidente del *Reich*, cuando la seguridad y el orden público fuesen gravemente turbados o comprometidos, a tomar las medidas necesarias para su restable-

cimiento, recurriendo incluso a la fuerza armada, y pudiendo suspender temporalmente, total o parcialmente, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. El artículo 16 de la Constitución francesa de 1958 reviste interés particular en la medida que habilita al presidente de la República para tomar medidas de excepción en caso de amenaza grave e inmediata a la seguridad del ordenamiento y de interrupción del funcionamiento regular de los órganos constitucionales. También existen precisiones formales en las Constituciones más recientes: en la federal alemana, enmendada en 1967-1968, al añadir el capítulo X relativo al “estado de defensa”; en la portuguesa de 1976 (artículos 19, 134, 138 y 161); en la sueca de 1975 (capítulo XIII relativo al estado de guerra y al peligro de guerra); en la española de 1978 (artículos 55 y 116).

La hipótesis de *previsión legislativa* (inciso *b*) corresponde a numerosos precedentes (véase, para Francia, leyes del 3 de agosto de 1848, 3 de abril de 1878 y 17 de abril de 1916 sobre el estado de asedio, y las leyes del 3 de abril de 1955 y 7 de agosto de 1955 sobre el estado de urgencia; para Inglaterra, la *Emergency Powers Act* de 1920; para Italia, el TU (texto único) de las leyes de PS (seguridad pública) aprobado por Real Decreto núm. 1848 del 6 de noviembre de 1926, el sucesivo TU aprobado por Real Decreto núm. 773 del 18 de junio de 1931, y el Real Decreto núm. 1415 del 8 de julio de 1938 sobre la ley de guerra).

La hipótesis del *otorgamiento parlamentario de poderes* (inciso *c*) a su vez se ha dado con más frecuencia (véase, para Gran Bretaña, la *Defense of the Realm [Consolidation] Act* de 1914 y las *Emergency Powers [Defense] Acts* de 1939 y 1940; para los Estados Unidos, la *First War Powers Act* del 18 de diciembre de 1941 y el *Second War Powers Act* del 27 de marzo de 1942; para Italia, la ley núm. 671 del 22 de mayo de 1915, con motivo de la Primera Guerra Mundial; para Francia, la ley del 16 de marzo de 1956 para la solución de la crisis argelina; para Suiza, *les arrêts* de la asamblea federal del 3 de agosto de 1914 y del 30 de agosto de 1939, con motivo de la Primera y Segunda Guerra Mundial).

Se confirma, también, la hipótesis de la *autoasunción* (inciso *d*) (como sucedía sin ratificación sucesiva del Parlamento en el periodo estatutario en Italia y con el recurso a los *Indemnity Acts*, es decir, a leyes que exoneran la responsabilidad del gobierno en Gran Bretaña).

Puesto que, dado el carácter de lo imprevisible (al menos parcial), siempre es extremadamente difícil hallar una habilitación de los poderes

excepcionales en la Constitución de modo exhaustivo, los juristas se preguntan cuál sea su fundamento jurídico-constitucional en caso de falta o de previsión insuficiente. Se considera que tal fundamento se encuentra en la “*necesidad*”, entendida como exigencia suprema de conservación de la Constitución y, por ende, fuente que habilita a la adopción de normas derogatorias del texto formal constitucional, pero que son destinadas a salvaguardar la sustancia de la Constitución. En este caso la necesidad prevalece sobre la legalidad formal, la exigencia de defensa del ordenamiento sobre las garantías previstas por el régimen normal, con suspensión consiguiente de este último.

La ausencia eventual de previsión (como en el caso de la Constitución actual italiana con respecto a las emergencias internas) puede interpretarse como un síntoma de hostilidad por parte de los ordenamientos con separación de poderes hacia cualquier forma, incluso necesaria y provisional, de concentración, hostilidad que a veces se manifiesta en una prohibición expresa de ampliación de los poderes del Ejecutivo (véanse las Constituciones: francesa de 1848, artículo 51; belga de 1831, artículos 67 y 130; noruega de 1814, artículo 17; luxemburguesa de 1866, artículos 36 y 113; griega de 1911, artículo 35; finlandesa de 1919, artículo 28; turca de 1924, artículos 52 y 103) y a veces comporta la previsión de una garantía de permanencia en función de otros órganos constitucionales, si bien despotenciados a causa del aumento de poderes del Ejecutivo (prohibición de disolución del Parlamento: artículo 16, último párrafo de la Constitución francesa de 1958; prohibición de disolución del Parlamento y de cese de las funciones de los órganos constitucionales durante los estados de crisis: artículo 116, 5 de la Constitución española de 1978; prohibición de disolución de la cámara electiva, prórroga de todos los órganos constitucionales suspendidos durante el estado de defensa y garantía del funcionamiento del Tribunal Constitucional federal durante el mismo periodo: artículo 115 h y 115 g de la Ley Fundamental alemana revisada).

Finalmente hay que subrayar que el régimen de crisis produce una derogación del principio de separación entre el Estado central y los Estados miembros en los ordenamientos federales, mediante un *incremento de las atribuciones federales* en materia de tutela del orden interno. En estas hipótesis, el aumento de poderes del Ejecutivo federal puede contemplarse preventivamente en un texto constitucional, como en la conocida disposición de la Constitución estadounidense que permite la suspensión

del *habeas corpus* en caso de amenaza a la seguridad (artículo 1, sección 9, 2), en la Constitución alemana de 1919, que autorizaba al presidente del *Reich* a suspender los derechos fundamentales (artículo 48, 2), así como en la detallada normativa introducida en la Constitución de Bonn por la ley de revisión del 24 de junio de 1968 sobre los poderes de emergencia del Ejecutivo (*cf.*, en particular, los artículos 115 a y 115 i). Además, se puede recurrir a una legislación adecuada (véase, por ejemplo, la *War Measures Act* canadiense de 1914, así como los *arrêts* de la asamblea federal suiza del 3 de agosto de 1914 y del 30 de agosto de 1939, relativos a la atribución de poderes plenos), o bien recurrir a una determinación unilateral por parte del Ejecutivo, como ocurre, a menudo, en la práctica estadounidense. El estado de crisis produce, en general, una asunción total de atribuciones en materia de seguridad por parte del Ejecutivo federal, prohibiendo a los órganos locales cualquier posibilidad de iniciativa y, en la hipótesis en que a los Ejecutivos de los estados miembros se les hayan reconocido facultades en materia de emergencia local, éstas no pueden utilizarse, y si se han comenzado a utilizar cesarían cuando empiezan a operar las atribuciones federales (a propósito de esto se recuerda el artículo 48, 3 de la Constitución alemana de 1919 que permitía, a título provisional, a los gobiernos de los *Länder* adoptar medidas de emergencia; lo mismo puede decirse con respecto al ordenamiento federal alemán actual, según las disposiciones del artículo 115 i, 1, texto introducido por la ley de revisión del 24 de junio de 1968).

Una de las diferencias entre la hipótesis de intervención normal del Ejecutivo federal y la intervención excepcional en caso de crisis, estriba en la suspensión de las atribuciones de los estados miembros que se verifica en este último caso. Mientras en situaciones de normalidad la intervención federal presupone atribuciones si bien limitadas de los estados miembros, que a veces se reducen a la iniciativa de petición de intervención federal (*cf.* para los Estados Unidos, artículo IV, sección 4 de la Constitución; para Suiza, artículo 16 de la Constitución; para Australia, artículo 119 de la Constitución; para Canadá el *Militia Act* de 1904), en la hipótesis de crisis pueden llegarse a considerar suspendidas, temporalmente, todas las atribuciones locales, y el Ejecutivo federal asume totalmente la responsabilidad de la iniciativa y de la acción, acentuando al máximo el fenómeno de concentración.

SECCIÓN VII

DISTRIBUCIÓN VERTICAL DEL PODER

I. ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y ÓRGANOS DE EJECUCIÓN.
LA ADMINISTRACIÓN CIVIL

En todos los ordenamientos existen estructuras organizativas complejas subordinadas a los órganos de dirección política que tienen en concreto la tarea de vigilar los intereses sociales (adquisición, distribución y coordinación de los recursos dirigidos a satisfacer las necesidades colectivas y actividades conexas). Tales estructuras se remiten al concepto de “*administración*” e intervienen en las relaciones internas de un ordenamiento mediante modalidades particulares, beneficiándose, entre otras cosas, de una posición de supremacía pública, además de las posibilidades ofrecidas por el derecho privado.

En los ordenamientos del Estado absoluto la administración tendía a confundirse con la actividad de gobierno y se manifestaba como un conjunto de estructuras y de personas enlazadas mediante vínculos de subordinación interna y privada con respecto al soberano, tales de volver copartícipe a tal aparato de las prerrogativas propias de la autoridad del mismo. En la evolución del Estado absoluto (“Estado de policía”), con la extensión de las funciones públicas de intervención tendía a formarse una organización permanente antepuesta a la satisfacción de intereses colectivos que requería estructuras estables y un personal especializado. Así nacían organizaciones (empresas) basadas sobre normativas propias y dotadas de autonomía que se aunaban a la administración del soberano.

1. *Administración por ministerios*

En el Estado liberal la estructura administrativa estaba limitada desde “el externo” por la ley, expresión de la nueva soberanía nacional y posteriormente popular, pero manteniendo los atributos de la autoridad propios del periodo precedente, y se confirmaba la *subordinación* del aparato administrativo a los órganos constitucionales titulares de la función de

dirección. La organización burocrática, que había sido la base sobre la cual se apoyó y se desarrolló la monarquía, estaba estrechamente relacionada con el órgano de gobierno del cual dependía y ante el cual era responsable. En el ámbito del denominado *Poder Ejecutivo* se realizaba una distinción entre los órganos políticos titulares de la función de dirección, consistente en las decisiones tendencialmente libres de condicionamientos encaminadas a satisfacer las exigencias de la colectividad nacional, y los órganos de la administración pública encargados de ocuparse de las decisiones administrativas y de gestión que deben adoptarse bajo las directivas del gobierno, pero también en respeto de la ley (en cuanto es adoptada por el Parlamento, representante de la soberanía nacional) y de la Constitución (en cuanto acto supremo de convergencia de todos los intereses políticos nacionales, también minoritarios, y por ende garantía máxima de imparcialidad y objetividad, si se toma como parámetro de referencia por la administración en su actuación cotidiana).

La administración pública se organizaba como una *estructura centralizada*, situada en la capital del Estado, de la cual dependían secciones administrativas periféricas situadas en todo el territorio estatal, dependientes jerárquicamente del centro. Toda la administración central dependía del gobierno, el cual disponía de una adecuada estructura central que coordinaba las diversas secciones administrativas vinculadas y subordinadas a éste (cancillería, presidencia del consejo, etcétera). A cada miembro del órgano político de gobierno se le asignaba la titularidad de un despacho administrativo (denominado ministerio u oficina), y se le reconocía una competencia sectorial específica. El ministerio se configuraba como un conjunto de oficinas, estructurado según el principio jerárquico, dotado de atribuciones preparatorias y ejecutivas con respecto a la acción del ministro antepuesto a éste. De acuerdo a las funciones asignadas, la administración se calificaba activa (cuando sus disposiciones afectaban directamente los intereses de los administrados al término de procedimientos formativos idóneos), consultiva, de control, técnica y contenciosa (con respecto a una serie de atribuciones que forman parte de las activas).

2. Nuevas estructuras administrativas

La fórmula de *organización por ministerios* tuvo un claro predominio en la fase inicial del Estado liberal, en donde las tareas asumidas por el

Estado se limitaban tendencialmente a la satisfacción de un núcleo esencial de intereses públicos (diplomacia, defensa, policía, justicia, control de la moneda, grandes obras públicas), pero se reveló insatisfactorio cuando aumentó (a fines del siglo XIX) el número de las funciones asumidas por el Estado en el campo económico, social y cultural. El papel de la administración ya no se limitaba más a la protección de la colectividad de factores de peligro internos y externos, sino que se expandía hacia la persecución de objetivos de bienestar del individuo y de los grupos. Las intervenciones en el campo social asumían un significado particular mediante la asunción por parte del Estado de servicios como la prevención de enfermedades e infortunios, asistencia y previsión social, y en el campo económico, mediante la predisposición de una red amplia de intervenciones de regulación y control de las actividades de las empresas y, por ende, de directa asunción de empresas.

La superación de la organización por ministerios, asociada al esparcimiento de las intervenciones, desde comienzos de siglo, se manifiesta a través de la creación de empresas autónomas y entes públicos y a través de la constitución de sociedades de derecho privado. Sin embargo, se subraya que estas nuevas fórmulas organizativas y funcionales no significan la eliminación de la organización ministerial, sino, simplemente, *el aunamiento de la administración por ministerios a la administración por entes* y el paralelismo entre formas de administración autoritarias, mediante actos de supremacía, y formas de intervención regidas por el derecho privado.

3. *Los principios de la administración autoritaria*

En los ordenamientos que reciben el influjo del modelo francés, la administración pública se rige por un conjunto de reglas que tienden a diferenciarla del derecho común, en cuanto ejerce una función que era expresión de la *supremacía del poder estatal* frente a los sujetos naturalmente considerados subordinados, tendencia ésta presente de manera más matizada en los ordenamientos anglosajones, donde la administración en gran parte se rige por el derecho común. Para los entes distintos del Estado se aplicaban reglas diversas, pero que eran utilizadas por éste para la consecución de sus finalidades específicas, y por ende sometidos a sus directrices y a su control.

Las reglas que disciplinaban el aparato burocrático se referían en parte a la organización y funcionalidad del mismo aparato, y en parte concernían a la influencia ejercida por sus comportamientos sobre la esfera externa de la administración.

Así, se hallan *principios organizativos* encaminados a: 1) diferenciar las funciones (individuando sectores distintos de competencia, realizando una distinción entre autoridades centrales y periféricas, distinguiendo los diversos niveles de decisión, ejecución, constatación sobre la ejecución, solución de controversias relacionadas con la actuación de las decisiones); 2) disciplinar la estructura de cada administración (previando una organización de tipo jerárquico que permita a los órganos superiores dar directivas y órdenes a los inferiores, de constatar las conductas, de adoptar medidas sancionatorias sobre los sujetos y sobre los actos); 3) establecer normas disciplinarias (con fundamento en las cuales se puedan imponer conductas a los dependientes públicos y sancionar los incumplimientos); 4) establecer criterios particulares para la admisión y promoción del personal destinado a actuar por cuenta del Estado de manera permanente y profesional (determinando criterios de idoneidad para el cargo, previando métodos de adiestramiento e instrucción, fijando criterios para la promoción en carrera, limitando la discrecionalidad de los superiores jerárquicos).

En cuanto atañe a los *principios de comportamiento* referentes a las repercusiones de la actividad de la administración sobre los sujetos externos a ésta: *a)* se fijaban principios encaminados a garantizar la formalización y la publicidad de las decisiones (evitando o reduciendo determinaciones secretas y reservadas a los casos en los que supremos intereses de seguridad lo requieran y ofreciendo garantías que permitan el control sucesivo de la actividad administrativa); *b)* se preveía la obligación de correspondencia de los comportamientos de la administración con las normas de ley y con los criterios de buena administración (limitando así la discrecionalidad de la administración a un ámbito circunscrito y necesario para la consecución de intereses públicos, pero respetando siempre los principios generales fijados por el poder político); *c)* se establecieron remedios jurídicos frente a comportamientos ilegítimos de la administración (reconociendo a los individuos la posibilidad de recurrir ante la misma administración o ante los órganos jurisdiccionales para la anulación de los actos administrativos y previando formas de responsabilidad civil,

administrativa y penal de los administradores, pero sustrayendo al control de los jueces algunos actos formalmente administrativos que por su carácter político requerían de una discrecionalidad más amplia, escapando, en parte, a la previa fijación de límites en sede legislativa [actos políticos]).

Es muy importante el esfuerzo hecho por el Estado liberal para liberar a la administración pública de los condicionamientos políticos del gobierno (y del de los partidos mayoritarios que condicionan al gobierno), reconociéndole un grado elevado de independencia del Ejecutivo, y por ende de *neutralidad política*, y considerándola directamente subordinada a la Constitución y a la ley. A este fin responden las normas constitucionales que insisten en el principio de legalidad de la acción administrativa y de tutela jurisdiccional de los derechos e intereses lesionados por la administración (artículo 113 de la Constitución italiana de 1948; artículos 20, 3 y 19, 4 de la Ley Fundamental alemana de 1949; artículo 34, 2 y 3 de la Constitución francesa de 1958; artículos 202, 266 y ss. de la Constitución portuguesa de 1976; artículos 103 y 106 de la Constitución española de 1978). En los ordenamientos anglosajones, aunque la disciplina de la administración es diversa, no existiendo un sistema de derecho administrativo semejante al de la tradición europea, el principio inglés del *Rule of Law* y el americano de la *Judicial Supremacy* y del *Due Process of Law* siempre han reconocido a las cortes amplias facultades de control y de sanción sobre la acción administrativa, subordinándola a la ley parlamentaria (en Inglaterra) y a la Constitución (en Estados Unidos).

4. *Institución de oficinas independientes del Ejecutivo*

El esfuerzo por dotarse de administraciones que respeten el principio de imparcialidad como garantía de los intereses de los administrados, se manifiesta mediante la individualización de oficinas que no estén subordinadas al gobierno y que por lo tanto no se encuentren condicionadas por las orientaciones de la mayoría. Así pues, se previeron soluciones organizativas que han comportado, al menos tendencialmente, un poder de organización del Parlamento, acompañado del importante poder de nombramiento de los titulares de las oficinas: extendiendo a la oposición la posibilidad de intervención se ha ampliado el área del consenso sobre los nombramientos. Además se ha afirmado de manera puntual la posición

de independencia tanto organizativa como funcional de tales oficinas, sea del gobierno que del mismo Parlamento.

Una de las soluciones organizativas que merece citarse es la del *ombudsman*, que tiene atribuciones de control sobre la administración pública y de tutela de los intereses de los ciudadanos (véase segunda parte, capítulo segundo, sección III, apartado IV). Otra solución, a la cual nos referiremos a continuación, tiene su origen en las administraciones independientes de los gobiernos. Las *autoridades administrativas independientes* son sustraídas de la dependencia organizativa del gobierno, como también de las directivas de tipo gubernamental y parlamentario. Éstas, en los casos más significativos, satisfacen la exigencia de imparcialidad necesaria para asegurar la garantía de intereses particularmente sensibles (por ejemplo en el campo de la información y de la tutela de los datos personales) o considerados débiles frente a la intervención de poderes fuertes (por ejemplo en el caso de la protección de los usuarios de servicios públicos esenciales y de los consumidores). Están dotadas de poderes de regulación sectorial, ejercen inspecciones y controles, adoptan actos autoritarios, tienen poderes de iniciativa con respecto al gobierno y al Parlamento. El nombramiento de sus titulares, en los casos más significativos, se confía al Parlamento.

Forman parte de la categoría: las *Agencias* estadounidenses, órganos dotados de poderes “*cuasi-legislativos*” o “*cuasi-judiciales*”; las *autorités administratives indépendentes* del ordenamiento francés; los *Quangos* (*quasi Autonomous non Governmental Organisations*) británicos; los *Minister freien Raume* (espacios libres del control gubernamental al interior del mismo Poder Ejecutivo) elaborados por la doctrina alemana; el modelo español, aún incierto y en vía de realización, del *Estado neutral* y, por último, las autoridades administrativas independientes del ordenamiento italiano. Las autoridades desarrollan su función de control y regulación al interior de algunos sectores de gran actividad con relevancia pública, sin embargo no siempre coinciden de un ordenamiento a otro, y, además, en aquellos que conciernen a las actividades económicas y financieras, la relación entre la administración y los ciudadanos, la libertad de información y el ejercicio de actividades tecnológicas-científicas. En el ámbito del primer sector, el cual contiene la tutela del valor constitucional de la libre iniciativa económica y del ahorro, forman parte todas las autoridades surgidas en los varios ordenamientos para la tutela de la competencia (*Federal Trade Commission*, estadounidense; el *Con-*

seil de la concurrence, en Francia; el *Conselho da Concorrência*, en Portugal; el *Bundeskartellamt* y la *Monopolenkommission*, en Alemania; la autoridad garante de la competencia y del mercado en Italia) y aquellas cuya actividad tiene como objetivo garantizar el control y el correcto desenvolvimiento de las operaciones bancarias, bursátiles, de seguros (como Consob, ISVAP y, según una parte de la doctrina, *Banca d'Italia* en Italia; la *Commission de Bourse*, el *Commission de contrôle des assurances* en Francia; la *Security Exchange Commission* en Estados Unidos). Pertenecen al segundo sector tanto la autoridad cuya actividad está dirigida a garantizar la buena administración y la transparencia administrativa —por ejemplo la CNIL (*Commission Nationale Informatique et Libertés*) y la CADA (*Commission pour l'accès aux documents administratifs*) en Francia— como las instituciones encargadas de verificar la transparencia de los procedimientos electorales (la *Commission de sondages* y la *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques* en Francia). En fin, en el ámbito de la tutela de la libertad de información, de la comunicación y de la regulación informática existen diversos tipos de autoridad, como la Autoridad de Garantía para las Telecomunicaciones y el Garante para la Tutela de las Personas con Respecto al Tratamiento de los Datos Personales en Italia, la *Federal Communication Commission* en Estados Unidos, el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* y el *Conseil Supérieur de l'Agence France-Presse* en Francia.

5. Coordinación e intervenciones no autoritarias

Entre las tendencias contemporáneas de la administración pública merecen ser recordadas, además de la consolidación de un sistema organizativo binario ministerios/entes públicos, la relativa a la valorización de instrumentos de coordinación de las intervenciones públicas, la dirigida a la utilización de instrumentos ofrecidos por el derecho privado y, en fin, la que consiste en la descentralización administrativa. En realidad, estas tendencias constituyen aspectos diversos de un proceso general de funcionalización de la intervención pública y de valorización de los intereses colectivos y privados que se involucran de diverso modo en tareas administrativas.

Una relevancia particular asumen los esfuerzos encaminados a *coordinar* entre ellos los criterios de acción de las diversas estructuras públicas y a crear organicidad en el tiempo al sistema de las intervenciones. Los

programas, proyectos y presupuestos se convierten en instrumentos esenciales de la intervención pública, tratando de encuadrar las diversas estructuras y la sucesión de los procedimientos y de los actos administrativos, constituyendo el momento central de *mediación de los intereses*, en cuantos sujetos públicos y privados estén involucrados a título consultivo en su fase preparatoria. Por lo general, los programas una vez adoptados por la autoridad pública adquieren naturaleza vinculante para las estructuras estatales, pero tan sólo orientativa para los sujetos externos al Estado y en particular para los privados.

Además, las administraciones públicas, en su intervención, no utilizan tan sólo *órdenes* taxativamente vinculantes, sino que asocian *directivas* a tales medidas, dejando un margen de decisión al destinatario sobre las modalidades factibles de los contenidos del acto. En fin, una relevancia cada vez más amplia asumen las técnicas de intervención del Estado, persona de derecho público, mediante la utilización de su capacidad *privatística*, recurriendo a los negocios jurídicos previstos por el *derecho privado*, si bien tales actos están precedidos o sucedidos, de diverso modo, por actos administrativos, y mediante la constitución de sujetos de derecho privado que obran con instrumentos *privatísticos*, como en el caso de las empresas de participación estatal.

6. La descentralización

A la administración pública, concebida como una estructura organizativa centralizada confiada a los ministros, que son sometidos a la dirección y al control parlamentario, se contraponen de manera progresiva una concepción *descentralizada/autónoma* de la administración. La centralización y la descentralización son principios organizativos aparentemente contrarios, pero con frecuencia en realidad conviven entre sí. No es raro encontrar que se haga referencia a la descentralización entendida como reacción a una concepción del Estado centralista que perjudica la tutela de los intereses de los ciudadanos y de las comunidades locales, y en efecto, la tendencia a la descentralización adquiere consistencia en los ordenamientos que valorizan de manera extensiva las libertades individuales y colectivas. Sin embargo, el acercamiento de la administración, y en general del aparato público, puede llegar al ciudadano a través de diversas modalidades y con una intensidad diversa. En cuanto a la descen-

tralización, ésta puede tener carácter *administrativo* o puede alcanzar la forma de una verdadera descentralización política.

La descentralización de la administración estatal puede comportar una simple “desconcentración”, descentrando competencias, preponderantemente ejecutivas, a órganos periféricos del Estado o, de manera más específica, puede producir un verdadero traslado de funciones decisorias a los órganos administrativos periféricos, manteniendo a nivel central competencias de dirección y control.

Sin embargo, otra forma de descentralización es aquella que reconoce a las comunidades locales la posibilidad de administrarse por sí mismas, utilizando a veces competencias normativas propias, en el marco de la Constitución y de la legislación estatal. En todos los ordenamientos estatales existen entes locales dotados de autonomía (municipios), y por lo general estos entes hacen parte de circunscripciones competentes para áreas territoriales más amplias que a su vez tienen como representantes entes autónomos (provincia, departamentos). En algunos ordenamientos existen entes territoriales que cuentan con autonomía política que, además de la administración que abarca amplias áreas territoriales, están facultadas para adoptar una legislación propia siempre y cuando respeten los criterios de compatibilidad con la reglamentación estatal. Se trata de las regiones y de los entes que componen los Estados federales (*cf.* sección V, apartados II y ss.).

II. SEPARACIÓN ENTRE EL “PODER CIVIL” Y EL “PODER MILITAR”

Una de las características del Estado liberal es la separación entre el poder (organización) civil y el poder (organización) militar, dando *preponderancia* al primero en cuanto poder político. Esto significa que sólo los órganos (constitucionales) indicados por la sociedad civil en su conjunto tienen atribuciones de dirección política, mientras que el aparato de defensa formado por los especialistas de la violencia bélica entran en el campo de la administración estatal, y por ende tiene atribuciones solamente ejecutivas.

La subordinación de lo militar a lo civil no es en absoluto un principio indiscutible, ya que en muchos ordenamientos existe o ha existido el principio de la separación y de la interdependencia entre el poder civil y

el militar, reconociendo entonces a los órganos militares competencias de dirección también en el sector limitado, pero fundamental, de la defensa nacional, o el de la concentración del poder político en los órganos militares (véase capítulo segundo, sección II).

El constitucionalismo liberal siempre ha considerado peligroso para las libertades individuales y colectivas el papel político activo de los militares y ha teorizado su subordinación al poder político civil. En el pasado, en todos los Estados absolutos el ejército fue concebido como un instrumento de poder del soberano y, por ende, como uno de los máximos pilares de su poder absoluto. El desarrollo del ejército se justificaba por la exigencia de una política internacional, pero su peso era utilizado también para reprimir las autonomías y contener el desarrollo de las asambleas representativas. En Inglaterra, el carácter insular del territorio dificulta la expansión de los soberanos ingleses en el continente y los dirigió hacia la conquista colonial en América y luego en Asia y en África. Esto provocó un enorme desarrollo de la marina y una contención del ejército. El Parlamento logró evitar el fortalecimiento del apoyo militar al rey en el país controlando mejor a la marina, que por las circunstancias se hallaba casi siempre empeñada lejos del centro de las decisiones políticas. En la historia constitucional inglesa el desarrollo del constitucionalismo a partir del siglo XVI se relaciona con el éxito del Parlamento al impedir la formación de un fuerte ejército permanente, que por el contrario existía en Francia, España, Austria, Prusia y Rusia. En Inglaterra, la preponderancia del poder civil se encierra en la fórmula consuetudinaria del “*civilian control*” formalizada en algunas Constituciones de derivación anglosajona, como la de Estados Unidos, que reconoce al presidente el papel de comandante supremo (artículo II, sección 2), es decir, de vértice de la organización militar del Estado.

La separación entre lo militar y lo civil y la afirmación orgánica en sede constitucional de la superioridad política de este último, se consolidan en el periodo de la Revolución francesa. Es célebre la norma que se repite en las Constituciones francesas del periodo revolucionario: “*La force publique est essentiellement obéissante; nul corps armé ne peut délibérer*” (título IV, artículo 12 de la Constitución de 1791). Norma repetida en las Constituciones del año III (artículo 275) y de 1848 (artículo 104), así como en todas las Constituciones italianas que reciben un influjo de las francesas de aquel tiempo, hasta la Restauración. En el mismo periodo surge una definición normativa que aún hoy en día no es superada con

claridad. Así, la Convención manifestó el principio basilar que gobernaba las relaciones entre poder militar y civil: “*Dans un état libre, le pouvoir militaire est celui qui doit être le plus astreint; c’est un levier passif que meut la volonté nationale*” (circular del 4 de diciembre de 1793). De acuerdo con este planteamiento, se considera que sólo en casos excepcionales, y previa delega por parte de los órganos constitucionales, el poder militar habría tenido una función autónoma. Éste habría sido relegado a los territorios cuyo gobierno comportase un empleo frecuente de las fuerzas armadas (zonas de frontera y de conquista). En la época moderna, una situación similar se presenta en algunos territorios coloniales y, de manera temporal, en territorios metropolitanos donde está vigente el estado de sitio.

Una vez definido el papel subalterno, han sido individuadas como características del poder militar con respecto al político (civil): 1) *función de información*: el militar está obligado a proporcionar al político los instrumentos de valoración necesarios para el uso correcto del poder de decisión; 2) *función consultiva*: el militar está obligado a suministrar al político los pareceres necesarios para el esclarecimiento de los aspectos técnicos que influyen sobre la decisión política, y 3) *función ejecutiva*: el militar debe aplicar la decisión política en los sectores confiados a su competencia. Tal situación se considera común en todos los ordenamientos de derivación liberal, cualquiera que sea la decisión relativa a las atribuciones de poder a los órganos constitucionales y a las relaciones entre los mismos: régimen parlamentario, presidencial, directorial. Sin embargo se recuerda que en tiempos más recientes, en los ordenamientos que a causa de su papel hegemónico mantienen aparatos militares de gran relevancia, el perfeccionamiento progresivo de la tecnología y el incremento creciente de los costos financieros han producido una nueva realidad política: al militar “profesional de la violencia” se sustituye o sobrepone una organización compuesta (el “*military-industrial complex*”) formada por los órganos de vértice de la jerarquía militar, por los proveedores habituales de aparatos técnicos, por órganos de vértice de diversos ministerios económicos y por organismos de las asambleas parlamentarias (comisiones especializadas). Actualmente el verdadero problema del control del poder político civil sobre el militar consiste en controlar esta compleja (e informal) organización.

A partir del principio de subordinación del poder militar al civil derivan como *corolarios* diversas especificaciones.

- a) *El carácter apolítico de las fuerzas armadas.* El apoliticismo de las fuerzas armadas debe interpretarse como la imposibilidad de participación directa de las mismas, en cuanto cuerpo organizado, en la formación de las decisiones políticas que puedan repercutir sobre la determinación de la dirección imputable a los órganos constitucionales. En este sentido, el apoliticismo está estrechamente relacionado con el carácter meramente ejecutivo del aparato militar con respecto a los centros civiles de decisión política. La obligatoriedad del apoliticismo se manifiesta, a veces, en los ordenamientos pluripartidistas con la prohibición de inscripción a los partidos políticos (por ejemplo el artículo 98, 3 de la Constitución italiana de 1948).
- b) *El poder político (civil) escoge los principios reguladores de la Constitución militar.* Este principio es conocido bajo el perfil del necesario “carácter democrático de los ordenamientos militares”, el cual comportaría la adecuación de los principios que caracterizan a estos últimos a los principios constitucionales generales, propios de los ordenamientos democráticos (por ejemplo, artículo 51 de la Constitución italiana de 1948).
- c) *La intervención de las fuerzas armadas tiene lugar únicamente a petición del poder político.* Tal principio constituye una especificación de la naturaleza meramente ejecutiva de los poderes propios de las autoridades militares. Éste se refiere no sólo a la intervención en el marco de las relaciones internacionales del Estado, sino, sobre todo, en el ámbito de las relaciones internas, y ha sido teorizado precisamente con respecto a tal hipótesis (*cf.* Constitución francesa de 1791, título IV, artículos 8 y 10; de 1793, artículo 112; de 1848, capítulo IX, artículo 105).
- d) *Prohibición del comando efectivo de las fuerzas armadas por los órganos constitucionales.* Este principio especifica la clara separación entre los órganos políticos y los órganos técnicos-ejecutivos y comporta la no injerencia del órgano político en la definición y en la actuación de los procedimientos relativos al mando militar en sentido estricto. El derecho constitucional consuetudinario (véase, a modo de excepción, el artículo 50 de la Constitución francesa de 1848, que prohibía el mando directo del presidente de la República) de los ordenamientos con gobierno parlamentario atribuye ex-

presamente el principio al solo órgano jefe del Estado, pero éste en realidad opera para todos los órganos constitucionales. La justificación de tal acepción restringida se encuentra indagando las circunstancias históricas del instituto que se consagró con referencia específica a un solo órgano constitucional titular de la suma de los poderes de dirección (jefe del Estado) y en el momento de la separación en el seno de la noción de mando supremo, perteneciente a tal órgano, del aspecto de la dirección política de defensa de aquel otro mando, en sentido técnico, de las fuerzas armadas. Diversa es la situación en el ordenamiento de la república presidencial estadounidense, en el cual el presidente es titular de atribuciones de dirección y de decisión en materia de defensa.

Además de las relaciones entre poder político y aparato militar, el Estado liberal fijó algunos principios organizativos para este último, ya consolidados para los ordenamientos inspirados por su ideología.

- a) *Carácter estatal de las fuerzas armadas.* El principio de unicidad de las fuerzas armadas del Estado comporta que sólo este último es el titular del poder de organización militar. Se tiene así una especificación del principio del monopolio estatal de los poderes de coerción considerado atributo generalizado de la soberanía. En cambio, es notorio que muchos ordenamientos han conocido la presencia de diversas fuerzas armadas vinculadas a diversos órganos constitucionales, en particular en la fase más aguda del proceso de limitación de las atribuciones reales (por ejemplo, las milicias parlamentarias en Inglaterra).
- b) *Estructuras organizativas de las fuerzas armadas.* En general se eligió el esquema de la separación para evitar los riesgos de una concentración de los poderes de disponibilidad directa de las fuerzas armadas. El reparto del poder entre varios centros organizativos presupone un control recíproco entre los mismos y, por ende, una mayor garantía objetiva para el poder político. Una primera separación se da entre la organización de las fuerzas armadas para la tutela de la seguridad en las relaciones internacionales y organización de las fuerzas armadas para la tutela de la seguridad en los asuntos internos; tal separación se identifica con la común, aunque

no rigurosa, contraposición entre el ejército y la policía. En el ámbito de estas reparticiones se procede a ulteriores subdivisiones. La más conocida es la de las fuerzas armadas en ejército, marina militar y aeronáutica. Menos homogéneos, pero siempre presentes, son los criterios de repartición de las fuerzas de policía en varios cuerpos interdependientes pero separados.

- c) *Prohibición de milicias particulares.* El carácter unitario de la organización constitucional y la unicidad de la fuerza armada estatal comportan la imposibilidad de configurar organizaciones armadas que se diferencien de ésta en el ámbito de la comunidad estatal. Tan sólo el Estado-aparato puede tener el poder de organización y de disposición de las fuerzas armadas, y por ende resultan en general prohibidas las organizaciones militares y paramilitares, sean éstas conexas o no a partidos políticos.
- d) *Prohibición de milicias locales.* Por muy amplio que pueda ser el grado de autonomía política reconocido por el Estado a la comunidad local, éste en general excluye las atribuciones de poderes de organización y disposición de las fuerzas armadas. Excepción hecha por cuanto se refiere a las atribuciones en materia de policía, pero con exclusión de la policía de seguridad, tal principio parece firme por cuanto se refiere al Estado unitario. Sin embargo, también en el Estado federal se nota una tendencia fuertemente restrictiva que se expresa en una federalización progresiva de los poderes de los Estados relativos al mantenimiento de milicias propias, como lo evidencia la experiencia de Estados Unidos.
- e) *Selección de criterios de organización.* Del principio del monopolio estatal de los poderes de coerción, desde el punto de vista de la unicidad y exclusividad de los poderes de organización de la fuerza armada, deriva la competencia del Estado para fijar criterios de organización, entre los cuales los más notorios son los de la milicia, del ejército permanente, del ejército de masa, relacionados diversamente a la participación voluntaria o coactiva del ciudadano en la actividad de defensa.

La *milicia* es la organización militar del Estado-comunidad que comporta la participación directa del ciudadano en la actividad de defensa, así como la introducción de las técnicas democráticas (procedimientos

electivos) en la organización de las fuerzas armadas. Ésta implica una obligación prolongada para el ciudadano pero un funcionamiento intermitente según se presente efectivamente una necesidad. La milicia fue concebida como alternativa liberal al *ejército permanente* de la monarquía absoluta, instituto del Estado-aparato, instrumento de opresión real de las autonomías públicas y privadas, formado por voluntarios de enrolamiento a largo plazo.

En los Estados federales la milicia también ha representado una garantía para los estados miembros frente al aparato central. Entre las expresiones más conocidas del sistema de la milicia se tienen los ejemplos ofrecidos por el ordenamiento suizo y el de Estados Unidos. En el ordenamiento estatutario italiano, conforme al artículo 76 de la carta, el sistema de la milicia fue introducido mediante la ley núm. 675 del 4 de marzo de 1848, modificado por la ley núm. 3243 del 27 de febrero de 1859, y sustancialmente abolido mediante la ley del 30 de junio de 1876: instituido para secundar las instancias liberales que pretendían equilibrar con tal instituto el ejército real y se suprimió cuando las fuerzas de oposición fueron incluidas en el nuevo sistema constitucional.

Las opciones organizativas realizadas durante el periodo de la Revolución francesa o durante las guerras napoleónicas han introducido la noción de “*ejército de masa*” o de “*nación armada*”, que hubiera debido comportar una reducción del número de los militares profesionales, que caracterizaban al ejército permanente de las monarquías, reducidos a la función de formación de los cuadros durante los periodos de instrucción. La nación armada debía comportar un ejército reducido a una función de adiestramiento en tiempo de paz y el recurso a una consultación del pueblo en caso de guerra. En realidad, la nación armada presuponía un ejército permanente que, a diferencia del ejército de tradición real, fue organizado con base en principios compatibles a los acogidos por la comunidad nacional: ejército permanente real y ejército permanente democrático (nación armada) reflejan, por ende, dos tipos diferentes de Constitución, uno con la exclusión y el otro con la participación de las clases sociales, contrapuestas a la monarquía, a la gestión del poder estatal. En contraste con el servicio voluntario de enrolamiento a largo plazo, característico de los ejércitos permanentes del periodo del absolutismo, se introdujo el servicio obligatorio con la *levée en masse* del periodo revolucionario francés (*décret* Barrère del 23 de agosto de 1793), medida de guerra, mientras que el reclutamiento fue introducido como sistema (tendencialmente)

permanente por la Ley Jourdan del 19 de fructidor del año VI. El servicio obligatorio, con enrolamiento a breve plazo, se considera como un paréntesis militar en la vida civil del ciudadano y es el más compatible con los principios democráticos de la denominada nación armada. Al lado del servicio obligatorio, a causa de evidentes exigencias de especialización requeridas por las tecnologías modernas, continúa, sin embargo, una forma de servicio voluntario prestado de modo permanente.

Durante el periodo contemporáneo, la acentuación y el carácter permanente de los peligros de agresión en un marco prolongado de tensiones en las relaciones internacionales, así como el progreso de las tecnologías bélicas que requieren una organización especializada, han quitado toda credibilidad al sistema de la milicia por su naturaleza intermitente en su funcionamiento e inadecuado para afrontar las exigencias de los conflictos modernos. Es particularmente interesante el ejemplo ofrecido por el ordenamiento estadounidense en el cual se ha mantenido el sistema de la milicia, a causa del aislamiento de tal Estado hasta finales del siglo XIX, para luego cesar con el aumento progresivo de su participación en la política internacional que vuelve necesario y urgente el uso del ejército de masa. A excepción del ordenamiento suizo, en los más importantes ordenamientos el sistema de la milicia (donde se adopte) permanece como meramente complementario del de la nación armada. Además se señala que la progresiva centralización realizada en los Estados federales, en general, ha quitado a la milicia la función de garantía frente al aparato central. El sistema de la milicia es considerado, pues, inadecuado para los ordenamientos ideológicamente no homogéneos en los cuales la permanencia de elementos armados pertenecientes a diversos grupos políticos podría ser motivo de desordenes y atentados al orden constituido.

La organización de los ejércitos contemporáneos es forzosamente permanente y la gestión se atribuye a los órganos del Estado-aparato que también son responsables de las decisiones políticas de organización. Las garantías frente al Estado-comunidad consisten en una adecuación de los principios de organización y de acción de los aparatos militares a los fijados en la Constitución, en una fragmentación de tales aparatos en varios sectores que se controlan entre sí y en una fragmentación de las atribuciones de dirección política relativa a la utilización de los aparatos militares entre varios órganos constitucionales.

SECCIÓN VIII

LA SEPARACIÓN ESTADO-RELIGIÓN

Un contenido ideológico ulterior del constitucionalismo, que caracteriza la concepción del poder público y de la posición del ciudadano en el Estado de derivación liberal, debe individuarse en el *principio de separación entre Estado y religión*. También en esta perspectiva la diferenciación con respecto a la experiencia anterior del Estado absoluto es evidente.

El proceso histórico de formación de los Estados nacionales europeos y de consolidación de las monarquías absolutas que habían expresado el aparato exclusivo de gobierno de dichos Estados, en efecto, había determinado una situación de mezcla entre actores políticos y religiosos al interior de la organización institucional que, si bien se había concretado en una variedad de formas, configuraba un régimen de intolerancia en cuanto al ejercicio de la libertad de religión individual y colectiva —cuya noción era, por otro lado, inexistente jurídicamente— y un recurso también a fundamentos religiosos para teorizar la legitimidad de la soberanía del monarca. Sea que se utilizara la figura del cisma de la Iglesia católica romana (como inicialmente en Inglaterra, donde con el *Supremacy Act* aprobado por el Parlamento en 1534 se dio vida a la experiencia de la Iglesia nacional inglesa con el rey al propio vértice temporal, y luego en Europa centro-septentrional sobre todo con los cismas luterano y calvinista), sea que con ella se concluyeran acuerdos idóneos de naturaleza convencional (“concordados”), como hizo el reino de Francia (1515 y sucesivamente, también en época napoleónica, en 1801), la corona titular del poder soberano no renunció a utilizar la religión y la organización religiosa como fuente de consagración de la propia investidura.

Ambas modalidades anteriormente indicadas, durante el periodo de formación de las monarquías nacionales para conseguir una liberación de la supremacía temporal de la Iglesia romana, se desarrollaron originando una disciplina de relaciones entre el poder estatal y el poder eclesiástico —denominado sistema *jurisdiccionalista*— en el cual el primero se reser-

vaba el ejercicio de una injerencia más o menos penetrante en la organización religiosa (administración de los bienes de la Iglesia, nombramiento de los prelados eclesiásticos, juramento de estos últimos ante el rey, etcétera), mientras el segundo, al cual le reconocía la calidad oficial de “religión de Estado”, podía gozar de una posición privilegiada frente, sobre todo, a las confesiones religiosas minoritarias.

Desde otro punto de vista, por motivos políticos contingentes relacionados con la identificación del clero (y, por extensión generalizada, de la religión como actitud del espíritu) con el *ancien régime* prerrevolucionario, el constitucionalismo liberal teorizó e introdujo en las cartas constitucionales, conjuntamente y, más bien, como garantía ulterior de las disposiciones sobre la libertad religiosa individual y colectiva, el principio de *separación entre Estado e iglesia*.

Sin embargo, tal fenómeno no tuvo un desarrollo institucional unívoco y constante, resultando de hecho fuertemente condicionado, sobre todo en el continente europeo, por la realidad histórica y social y por la presencia de una fuerte tradición religiosa mayoritaria en la población: modelo emblemático pero también, a nivel histórico y comparado, muy singular de tal orden novedoso —inspirado, por lo tanto, en una concepción rigurosa de la separación entre Estado y confesiones religiosas organizadas— es una vez más la Constitución de los Estados Unidos, cuya primera enmienda (1791) prevé expresamente un límite a la potestad legislativa del Congreso, al cual se le impide conceder un reconocimiento oficial a toda religión (llamada *establishment clause*) o prohibir el culto libre (denominada *free exercise clause*). Pero a propósito de esto, no debe olvidarse la composición de la base social de aquel ordenamiento, claramente pluralista y heterogénea desde el punto de vista religioso, de modo que el rígido régimen de separación puede orientarse sobre todo a impedir que a través de formas de reconocimiento oficial por los órganos federales se privilegie a una sola confesión en menoscabo de las otras y se comprometa en este sentido la autonomía de los estados miembros, los cuales desde el punto de vista de la protección igualitaria de la libertad de culto eran tradicionalmente menos tolerantes.

En realidad, la consagración de la *laicización* del Estado —lógicamente relacionada con el principio de separación ya mencionado—, si es conducida a sus consecuencias más radicales, se revela difícilmente conciliable con una actitud estatal que se limite a prever una obligación de abstención de toda forma de injerencia pública frente a las diversas for-

mas de exteriorización de la libertad de culto. El Estado, que reconoce la relevancia de la religión como una experiencia individual y comunitaria correspondiente a los intereses primarios de los ciudadanos, en efecto, manifiesta también normas específicas de protección explícita (llamadas *favor religionis*). El principio constitucional de separación entre Estado y religión (o, como se dice más difusamente, entre Estado e Iglesia) no se traduce exclusivamente en disposiciones que proclaman y protegen la indiferencia o el agnosticismo público en materia religiosa, pero resulta compatible también con una disciplina de favor con respecto a la práctica en sí de la religión, con tal que no existan discriminaciones.

Por lo tanto, en el modelo constitucional de matriz liberal se hallan ordenamientos positivos, los cuales, si bien uniformemente inspirados en el principio fundamental de separación, sin embargo corresponden a ambas orientaciones anteriormente mencionadas, que fácilmente pueden integrar una escala de actuación gradual de una realidad preceptiva idéntica. Entre las normas, por ejemplo, cuya presencia debe considerarse imperativa para fines de la individualización de un sistema de derivación liberal, existen indudablemente las que consagran el principio de no discriminación por motivos (entre otros) de pertenencia a determinadas confesiones, y las que prevén un régimen de libertad para el ejercicio de todas las actividades mediante las cuales se ejercen las prácticas religiosas.

El modelo de separación —para cuya realización es condición indispensable la neutralidad del ordenamiento con respecto a particulares confesiones históricamente determinadas y frente a la experiencia religiosa en sí— puede, por tanto, aplicarse o mediante un *principio de indiferencia* del Estado o a través del *principio de colaboración*. En la primera hipótesis podemos citar la Constitución estadounidense, ya recordada, y la francesa de 1958, que se limita a proclamar la laicización de la República (artículo 2). En la segunda encontramos todas las cartas constitucionales que trazan a nivel histórico la superación del modelo anteriormente examinado, y manifiestan una estructura más conforme con la configuración y con las tendencias del Estado social, el cual, partiendo del presupuesto de la relevancia pública de los intereses religiosos de los ciudadanos, no se sustrae a las actividades de reconocimiento, sostenimiento y asistencia en tutela de tales intereses y de las respectivas modalidades organizativas de su búsqueda colectiva, en un marco de neutralidad en el cual, sin embargo, se hace excepción parcial para las confesiones históricamente mayoritarias en la respectiva tradición nacional. Por lo tanto, no

se excluye que puedan ser previstos regímenes preferenciales para algunas confesiones reconocidas: preferencia por la confesión católica en Italia, España, Portugal, Irlanda, Austria; por la confesión luterana en Dinamarca, Suecia, Finlandia; por la anglicana en Gran Bretaña y por la ortodoxa en Grecia. Tal preferencia asume contornos jurídicos más delineados cuando ciertas confesiones coinciden con el reconocimiento de las iglesias nacionales (Gran Bretaña, Dinamarca, Suecia, Grecia).

Las normas que se encuentran al respecto en las diversas cartas constitucionales, además de prever —de acuerdo con una pluralidad de contenidos concretos en orden a determinadas relaciones (régimen matrimonial, disciplina de los bienes eclesiásticos, enseñanza de la religión en las escuelas públicas o privadas, asistencia religiosa en las llamadas comunidades coactivas, como las prisiones, los hospitales, las fuerzas armadas, etcétera)— una reglamentación sustancial de las relaciones Estado-religión, se califican también bajo el perfil de la incorporación del método negocial como instrumento normativo preferencial: tales normas establecen expresamente el recurso a particulares *institutos de naturaleza convencional o concordataria* para regular las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas. Por lo tanto, se trata de instrumentos que prevén, al menos a nivel de hecho, un procedimiento negocial bilateral de conclusión de un acuerdo entre las partes, también en las hipótesis en las cuales la adopción formal de la disciplina tenga lugar mediante acto imputable a la potestad legislativa exclusiva del Estado. Entre éstas, la Constitución italiana (artículo 7 sobre el procedimiento concordatario con la Iglesia católica y el artículo 8 sobre el acuerdo previo con las demás confesiones), y la española de 1978, que en el artículo 16 (al cual se dio actuación mediante la *Ley Orgánica de Libertad Religiosa* de 1980), luego de haber dispuesto que “ninguna confesión religiosa tendrá carácter de religión de Estado”, sin embargo prescribe que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas difundidas en la sociedad española y mantendrán las respectivas relaciones de cooperación con la Iglesia católica y con las demás confesiones”. Se prevén también regímenes de naturaleza concordataria en las Constituciones de Portugal, Austria y Alemania.