

# Separación de poderes y garantías constitucionales. Especial referencia al caso español

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: UN VISITAZO A LA HISTORIA.—II. SEPARACIÓN DE PODERES Y ESTADO DEMOCRÁTICO.—III. LA EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XX.—IV. SEPARACIÓN DE PODERES Y DEMOCRACIA EN LA ACTUALIDAD. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN ESPAÑA.—4.1. Acerca de las garantías constitucionales.—4.2. El Defensor del Pueblo.—4.3. La justicia constitucional.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL NECESARIO REFORZAMIENTO DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES.

## RESUMEN

*La separación de poderes constituye un aspecto fundamental de los textos constitucionales, proyectado en el siglo XVII y desarrollado en el XVIII. La Constitución se convierte en la cúspide del ordenamiento como norma superior a todas las demás normas del Estado. Esta superlegalidad se manifiesta, desde el punto de vista formal, en la rigidez constitucional que exige un procedimiento especial de reforma del texto. Desde el punto de vista material esa supremacía conlleva la exigencia de sistemas que garanticen el cumplimiento de la Constitución tanto por los ciudadanos como por los poderes públicos.*

*PALABRAS CLAVE: Constitución, separación de poderes, garantías constitucionales.*

## ABSTRACT

*The division of powers is a fundamental aspect of constitutional texts, designed in the 17th Century and ulterior development in the 18th. The Constitution becomes the top of legal system as superior law to all the other rules of the State. From a formal point of view, this supra-legality can be appreciated in the rigidity of the constitutional amendment*

---

\* Profesora Propia Ordinaria de Derecho Constitucional y Profesora Colaboradora Asociada de Derecho Constitucional, respectivamente, de la Facultad de Derecho (ICADE) de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

*that requires a special procedure. From a material point of view, that supremacy involves the demand for systems that guaranties compliance with the Constitution by the citizens and public authorities.*

*KEYWORDS: Constitution, Division of power, constitutional guaranties.*

## I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: UN VISTAZO A LA HISTORIA

La separación de poderes constituye un aspecto fundamental de los textos constitucionales, proyectado en el siglo XVII y desarrollado en el XVIII. Los protagonistas de esta doctrina, sin duda, Locke y Montesquieu, pretendieron ante todo evitar el abuso de poder, aunque la aplicación de la teoría de la separación de poderes llevó también consigo el establecimiento de una estructura en las instituciones políticas prácticamente generalizado, al menos en los Estados democráticos representativos.

En el “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil”, publicado más de cincuenta años antes que la obra de Montesquieu, “El Espíritu de las Leyes”, Locke considera al poder legislativo como “supremo”, aunque no queda totalmente separado del judicial, pues entiende el autor, que el castigo por vulnerar la Ley debe corresponder a quienes disponen del poder de dictarlas. Así, el Estado se origina mediante un poder que establece cual es el castigo que corresponde a las diferentes trasgresiones de aquellos que, entre los miembros de una sociedad, piensan que merece la pena cometerlas; este es el poder de hacer Leyes y a él se debe añadir el poder de castigar cualquier daño que se haga a un miembro de la sociedad, cometido por alguien que no pertenece a ella. Este segundo poder es el de hacer la guerra y la paz. Y ambos poderes están encaminados a la preservación de la propiedad de todos los miembros de esa sociedad, hasta donde sea posible.

Sin embargo, el ejecutivo, esto es el que tiene potestad para ejecutar la Ley, debe ser independiente del anterior, pues la Ley, caracterizada por el principio de permanencia es conveniente que sea aplicada por otro poder siempre en perpetua ejecución. Señala además Locke límites a la labor legislativa: “La autoridad legislativa o suprema no puede atribuirse el poder de gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que está obligada a administrar justicia y a decidir cuáles son los derechos de un súbdito, guiándose por leyes promulgadas y establecidas, y sirviéndose de jueces autorizados”<sup>1</sup>. Locke prevé también otro poder, próximo al ejecutivo, pero diferenciado de él. Se trata del poder federativo con competencias para que la comunidad política se relacione con el exterior.

Por su parte, Montesquieu afirmó la independencia del poder judicial, de modo que quedaban configurados los tradicionales tres poderes, a la vez que dotaba a esta doctrina de mayor orden y cohesión, además de incidir

---

<sup>1</sup> LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza, Madrid, 1990, p. 143.

en el famoso equilibrio de poderes (“checks and balances”), cuya autoridad no puede desvincularse del sistema inglés, pero es que Montesquieu pasó mucho tiempo, más de dos años, en Inglaterra conociendo y profundizando en el sistema político y las peculiaridades del funcionamiento parlamentario. Por eso de Montesquieu se ha dicho irónicamente que era “el más inglés de los franceses”<sup>2</sup>.

Los padres de la doctrina de separación de poderes desarrollaron este concepto, convertido en un verdadero dogma político en un ambiente intelectual que buscaba fórmulas para transformar la vida del hombre y hacerla más libre, más abierta, más fructífera y más feliz, para lo que resultaba imprescindible acabar con el poder absoluto de cualquier naturaleza y con las desigualdades jurídicas.

La aspiración, tal vez algo ingenua, de que en España podría establecerse un gobierno que compartiera las pautas inglesas, se manejaban en la época de las Cortes de Cádiz desde diferentes centros de influencia. Así, algunos de los acontecimientos políticos acaecidos en España antes de la reunión de Cortes, habían desarrollado un ambiente de preocupación a lo largo de nuestro país que había calado en el pensamiento político de otros países, sobre todo en Inglaterra, que disfrutaba de mayor estabilidad política lo que sin duda, favorecía la reflexión y los deseos de atender a España azotada por tantas dificultades.

En Cádiz se realiza una separación entre poder legislativo, que se configura por primera vez como monocameral; ejecutivo, que corresponde al Rey y los Ministros; y el judicial. Y, compartimos, la afirmación de Fernández Segado sobre los controles que se establecieron con el fin de abolir el poder prácticamente absoluto de la Corona: “las funciones del Rey estaban limitadas por el principio de la división de poderes”<sup>3</sup>.

El propio Argüelles, en el Discurso preliminar al texto Gaditano había explicado: “el Gobierno de España es una Monarquía hereditaria, moderada por la ley fundamental, sin que en las limitaciones que la modifican pueda hacerse ninguna alteración, sino en los casos y por los medios que señala la misma Constitución. La Comisión ha mirado como esencialísimo todo lo concerniente a las limitaciones de la autoridad del Rey, arreglando este punto con toda circunspección, así para que pueda ejercerla con la dignidad, grandeza y desembarazo que corresponde al monarca de la esclarecida Nación española como para que no vuelvan a introducirse al favor de la obscuridad y ambigüedad de las leyes las funestas alteraciones que tanto han desfigurado y hecho variar la índole de la Monarquía, con grave daño de los intereses de la Nación y de los derechos del Rey. Así, se han señalado con escrupulosidad reglas fijas, claras y sencillas que determinan con toda exactitud y precisión la autoridad que tienen las Cortes de hacer leyes de acuerdo con el Rey; la que ejerce el Rey para ejecutarlas y hacerlas

<sup>2</sup> Vid. PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, p. 372.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Las Constituciones Históricas Españolas*, Civitas, Madrid, 1986, p. 103.

respetar, y la que se delega a los jueces y tribunales para la decisión de todos los pleitos y causas con arreglo a las leyes del reino”<sup>4</sup>.

A lo largo de las próximas líneas vamos a adentrarnos en la evolución que ha seguido el concepto de separación de poderes a lo largo de la historia constitucional y nos detendremos especialmente en la separación de poderes que se consagra en la Constitución española de 1978 con especial referencia a las garantías constitucionales que se recogen en dicho texto.

## II. SEPARACIÓN DE PODERES Y ESTADO DEMOCRÁTICO

La profundización en el principio democrático que tuvo lugar en los inicios del siglo XX, motivó una evolución del constitucionalismo que exigió como única forma de legitimación del poder la que emana de unas elecciones democráticas transparentes. La participación política se convierte, en consecuencia, en un derecho fundamental del ciudadano y, paralelamente, en la base del Estado. Se instaura así una nueva concepción del poder que se generaliza en los Estados occidentales, y que vincula el sometimiento del poder público a la Ley y al ideal de una democracia de carácter fundamentalmente representativo. De este modo se forja un nuevo Estado en el que se establecen controles para el ejercicio del poder público, que se ejerce mediante un equilibrio entre órganos con atribuciones propias. Un concepto de Estado que invoca la existencia de una Constitución que otorga fuerza vinculante a ciertos ideales. Como dice De Otto, la palabra “Constitución”, la expresión “Derecho Constitucional” u otra similar, “se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación del poder”<sup>5</sup>.

Posteriormente el término, y su significado político, se generalizó en otros Estados occidentales que decidieron incorporarse al proceso de cambio político, iniciado por el levantamiento de la burguesía contra la sociedad estamental y la autoridad absoluta del Rey. La organización social en estamentos privilegiados, nobleza y clero, negaba la igualdad ante la Ley. El monarca constituía fuente de Derecho, legitimaba la ley si se atenía a los principios naturales del Derecho o, incluso, si se basaba en las Escrituras. Frente a estos elementos del Antiguo Régimen, el ideario liberal rompió con un modelo de Estado e inauguró otro, con el fin de controlar el ejercicio del poder político. Así, la Constitución transformó en normas jurídicas las aspiraciones políticas, sociales y económicas de la clase ascendente.

---

<sup>4</sup> ARGÜELLES, A., *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 80.

<sup>5</sup> DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Madrid, 1993, p. 11.

En este contexto, se alza el Estado Constitucional, puesto que se asienta en la Constitución como norma suprema organizadora de la estructura del poder y de las relaciones entre éste y los ciudadanos.

Las primeras Constituciones escritas se elaboran a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, respondiendo a una nueva concepción del Estado<sup>6</sup>; estamos ante una Constitución normativa, en tanto, se unifican en un sólo texto las reglas de organización y funcionamiento del poder público, texto al que se le dota de un rango superior. El primer texto de este tipo es la Constitución de los Estados Unidos de América, a donde habían llegado las ideas inglesas y francesas, que provocarían la Revolución<sup>7</sup>. Con este texto, se incorporan en un documento escrito y solemne, las limitaciones expresas dirigidas a la autoridad legislativa, exigiéndose la intervención judicial para el mantenimiento de las cláusulas constitucionales frente a los actos que las vulneren<sup>8</sup>.

Ciertamente, la génesis o gestación del constitucionalismo se da en Inglaterra, su establecimiento o afirmación en los Estados Unidos de Norteamérica, y su difusión al resto de países a través de la Revolución Francesa<sup>9</sup>.

Por lo que a la revolución americana se refiere, la inicial construcción del Estado constitucional que formulan los norteamericanos y que se articula sobre la base de otorgar al Tribunal Supremo el poder de decidir qué dice la Constitución, responde, entre otras razones, a la idea de control del poder legislativo. La experiencia de las Colonias norteamericanas trajo consigo la firme convicción de que el Parlamento, la mayoría, puede convertirse fácilmente en el mayor peligro para la minoría y, por ende, para un Estado que aspira a la protección y garantía de los derechos y libertades. Ello exigía controlar al poder legislativo desde los otros dos poderes. Así, los norteamericanos crearon, por un lado, un ejecutivo reforzado, sobre todo, a partir de la Presidencia Jackson, y, por el otro, un poder minoritario, contra-mayoritario, que fuera el garante del texto constitucional frente a los humores de la mayoría y del propio pueblo.

Pero la Constitución sufrió, desde sus orígenes, los más diversos avatares, hasta el punto de que su sentido inicial se transformó a lo largo del siglo XIX debido a nuevas concepciones políticas y sociales. En primer lugar, las Monarquías restauradas tras las invasiones de Napoleón, que implantaron los principios del liberalismo doctrinario o moderado que, basado fundamentalmente en la soberanía del Parlamento con el Rey, modificaron la noción de soberanía nacional y separación rígida de poderes. Producto de ésta época

---

<sup>6</sup> Sobre los precedentes de las primeras Constituciones escritas, en especial en el Derecho inglés y en el francés puede consultarse la obra de J. ACOSTA SÁNCHEZ, *Teoría del Estado y fuentes de la Constitución: Introducción a la Teoría de la Constitución*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1989: en especial el Capítulo I, pp. 3-42.

<sup>7</sup> Vid. FERRANDO BADIA Y OTROS, J., *Regímenes políticos actuales*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 17 y ss.

<sup>8</sup> Vid. ACOSTA SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 38.

<sup>9</sup> ROSSETTI, A. C., *El concepto de Constitución en la doctrina contemporánea*, Instituto de Derecho Político de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1962, p. 5.

fueron la Constitución francesa de 1814 y el Estatuto Real español de 1834. De hecho, no son Constituciones en sentido estricto, pues no responden a las exigencias de éste concepto, sino “Cartas otorgadas”, de las que se sirve el monarca para desprenderse de parte de sus poderes.

Señalábamos que también se suele marcar como peculiar en el constitucionalismo el clásico ejemplo británico como exponente de un sistema distinto al continental. Entendemos que, efectivamente, toda institución jurídica o política responde a unos hechos históricos concretos y, por tanto, siempre resulta posible investigar sus orígenes y explorar la vía de progresión. Sin embargo, no creemos que se puedan identificar los cambios constitucionales producidos en Inglaterra con los del Continente, especialmente los originados en Francia. En primer lugar, “ningún régimen francés, desde 1791, ha admitido la idea de un poder judicial que pudiera actuar como contrapeso del poder legislativo, salvaguardando la Constitución”<sup>10</sup>.

En segundo lugar, si bien es cierto que, para la prerrevolucionaria Francia, Inglaterra constituía el modelo a imitar, el constitucionalismo y racionalismo francés, impuesto desde 1791, significó una ruptura con el régimen anterior y un cambio en los principios políticos que no es posible equiparar con el proceso constitucional inglés. El sistema británico se define con frecuencia por sus diferencias con los sistemas constitucionales del continente europeo, sobre todo con Francia, ya que presenta una evolución fundamentada en un devenir sin rupturas, lo que ha forzado la idea de que el Reino Unido carece de Constitución. Y, de hecho, si limitamos el concepto de Constitución a la existencia de un documento único con dos partes bien diferenciadas, una orgánica y otra dogmática, sería cierto, como llegó a afirmar Tocqueville, que “la Constitución inglesa no existe”<sup>11</sup>.

Por el contrario, la Constitución británica constituye una realidad jurídica respetada por las instituciones públicas y por los ciudadanos y en gran medida escrita, pues reúne diferentes textos que han marcado el desarrollo constitucional del Reino Unido. Por otra parte, que la Constitución no sea escrita, o no sólo escrita, puede ser valorado de forma positiva, ya que otorga un carácter abierto que la sitúa en la definición de “flexible”, conforme a la distinción de Bryce, y, por otra parte, su naturaleza confirma que su contenido no responde a una ideología concreta sino a una trayectoria de siglos en la que pensadores como Hobbes, Locke o Bentham, dejaron su influencia, pero ninguno puede apropiarse la autoría.

Otras doctrinas, rechazaron el concepto formal de Constitución para profundizar en las relaciones reales que se producen en el seno de la sociedad. Incluso se desprecian las declaraciones de derechos porque se consideran vacías de contenido, a pesar de su solemnidad. Así, Lasalle en 1862 consideró la Constitución como “una mera hoja de papel”. En definitiva, se entiende

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, p. 72.

<sup>11</sup> TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, Porrúa, México, 1963, p. 107.

que la Constitución está alejada de la realidad social y económica, y que sus preceptos constituyen solamente afirmaciones carentes de significado<sup>12</sup>.

Tras la Primera Guerra Mundial y, sobre todo, después de la Segunda, se proclamaron nuevamente Constituciones, a cuyos preceptos se otorgó plena eficacia jurídica. Textos que unen a una limitación del poder, la exigencia de una mayor profundización en la democracia. En definitiva, y prescindiendo de consideraciones de carácter histórico, el nuevo constitucionalismo sólo entiende por Constitución, aquella que ostenta el principio democrático como única legitimación del poder y se convierte en norma suprema del ordenamiento, capaz de crear un sistema de fuentes que constituyan el ordenamiento del Estado.

### III. LA EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XX

Los ideales de liberalismo originario, recogidos en la Constitución, no colmaron las esperanzas de sus creadores. Por una parte, porque no se aplicaron en la práctica los principios proclamados; por otra, porque la sociedad inició pronto demandas que iban más allá de los meros derechos individuales. Lo cierto es que al modelo de Estado liberal se incorporaron elementos constitucionales con el fin de obtener mayor grado de democracia y de igualdad.

De esta forma, se pierde el sentido originario de Constitución, que prácticamente no es recuperado hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En la vuelta a los orígenes del constitucionalismo, parece recobrar su significado el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al establecer que “toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”. Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional significa, ante todo, que en él la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y la garantía de la libertad de los ciudadanos. Luchar por la libertad es luchar por la Constitución, y constitucionalismo y liberalismo aparecen como términos equivalentes, porque en ese significado la palabra Constitución designa algo más que una norma jurídica: esto es, responde a una determinada “esencia”<sup>13</sup>.

Actualmente, se aprecia en la mayor parte de los Estados democráticos, la existencia de un texto constitucional generalmente escrito, en el que se recogen los principios fundamentales de organización. Por ello, vamos a tratar acerca de un tipo concreto de Estado: el Constitucional, con todo lo que ello supone. Como señala Loewenstein, “sólo cuando el proceso político está

<sup>12</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2006, p. 41 y ss.

<sup>13</sup> DE OTTO, I., *op. cit.*, p. 12.

sometido a las normas de la Constitución escrita, estará considerado como un Estado de Derecho”<sup>14</sup>.

En primer lugar, se produce una ampliación de la participación de los ciudadanos en las decisiones políticas. De modo que el sufragio censitario, presupuesto del liberalismo, fue sustituyéndose por una ampliación del derecho al voto, hasta acceder al sufragio universal. En segundo lugar, se exige el establecimiento de garantías que aseguren el ejercicio de los derechos y libertades recogidos en los textos constitucionales. Las meras declaraciones de derechos no bastaron para asegurar su vigencia, fue necesario rodearlos de garantías jurídicas, normativas y jurisdiccionales. En tercer lugar, se exigió la intervención del poder público en la sociedad, protegiendo a los sectores más débiles. El principio de igualdad formal tuvo el efecto de acabar con la organización estamental, pero resultó insuficiente para hacer frente a las necesidades reales de los ciudadanos. El compromiso del Estado consiste en satisfacer, cuando sea necesario, las necesidades personales y familiares de los ciudadanos, y permitirles el acceso a determinados bienes, cuya administración y control no está a su alcance.

Con estos elementos, se forma un Estado de Derecho que asume nuevas características: las notas de “democrático” y “social”. Como señala Duverger, un Estado democrático es aquel que legitima la actuación del poder a través de la participación del pueblo en los asuntos públicos. El pueblo se constituye, por tanto en depositario de la soberanía y protagonista de la actividad política<sup>15</sup>. La expresión se incluye por primera vez en un texto constitucional, la Constitución francesa de 1848, que declaraba en su artículo 1.º que “la República francesa es democrática e indivisible”, pero no se generaliza en el constitucionalismo europeo y americano hasta el siglo XX<sup>16</sup>.

En cuanto al Estado Social, su característica fundamental es el reconocimiento de los derechos sociales, o derechos de tercera generación, que conllevan una nueva responsabilidad para los poderes públicos<sup>17</sup>. Pero, el establecimiento de un Estado social conlleva ciertos problemas, puesto que hay que convertir en normas jurídicas principios constitucionales cuyo objetivo consiste en orientar la labor social de los poderes públicos. Incluso algunos autores han dudado de la posibilidad de combinar un Estado de Derecho con un Estado Social, pues el primero está integrado por principios jurídicos de base constitucional, mientras que el segundo implica una acción de los poderes públicos, que puede instrumentarse de diferente

---

<sup>14</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 163.

<sup>15</sup> DUVERGER, M., *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 41 y ss.

<sup>16</sup> GARRORENA MORALES, A., *El Estado Español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, pp. 109 y ss.

<sup>17</sup> Fue HELLER el primer autor que utilizó la fórmula “Estado social de Derecho” en una obra publicada en 1930. Su doctrina consistía en propugnar que al Estado liberal que había garantizado la libertad se uniera un Estado social capaz de suprimir las injusticias sociales: SANTAMARÍA PASTOR, A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 226.

forma, pero que no constituyen a priori, normas de aplicación inmediata<sup>18</sup>. Se debe también a la doctrina alemana el análisis del Estado social como garante de un mínimo vital, imprescindible para que todos los ciudadanos lleven una vida digna. Constituye una responsabilidad del Estado garantizar ese mínimo o “procura existencial”, base para un progreso social, económico y cultural posterior<sup>19</sup>.

Por último, hay que destacar los cambios constitucionales que han tenido lugar en relación con la distribución de las competencias entre los poderes públicos. En los Estados actuales, el planteamiento clásico, que atribuía las funciones, legislativa, ejecutiva y judicial a tres órganos distintos, resulta insuficiente. Por una parte, porque la identificación de los poderes legislativo y ejecutivo debilita la eficacia de los controles del primero sobre el segundo. Por otra, porque los compromisos del Estado social han convertido a las Administraciones públicas en verdaderos centros de poder. Razones que han desembocado en el establecimiento de nuevos órganos constitucionales que reciben determinadas atribuciones de la propia Constitución. De este modo, el equilibrio constitucional se fundamenta en una pluralidad de órganos que ejercen diferentes parcelas de poder. Así, se constitucionalizan nuevas instituciones para la defensa de los derechos de los ciudadanos y, además, se establecen nuevos órganos consultivos que participan en el entramado organizativo público de control presupuestario o de ordenación económica.

#### IV. SEPARACIÓN DE PODERES Y DEMOCRACIA EN LA ACTUALIDAD. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN ESPAÑA

##### 4.1. Acerca de las garantías constitucionales

En los textos constitucionales no basta sólo la plasmación del principio de separación de poderes, o del reparto de las funciones. El principio debe verse completado con la aparición de los controles políticos. Aunque éstos variarán según el tipo de gobierno que estudiemos, en un sistema parlamentario como el español, encontramos por una parte una función de control político y además la plasmación de unos mecanismos de exigencia de responsabilidad política del gobierno, recogidos en la Constitución son, básicamente, la moción de censura y la cuestión de confianza. No hay que olvidar, sin embargo, que superadas las luchas por la titularidad de la soberanía nuestro sistema constitucional confiere además al electorado un control, que se establece de forma periódica a través de las elecciones.

---

<sup>18</sup> El estudio de esta contradicción se debe a la doctrina alemana, expuesta por FORSTHOFF, *vid.*: GARRIDO FALLA, F., “Artículo 1”, en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1985, p. 27.

<sup>19</sup> GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, p. 34.

La moderna organización constitucional, conserva el espíritu que alentaba la vieja división, de impedir la concentración despótica del poder para salvaguardar la libertad política, pero no ha ido en la línea de una separación absoluta de poderes, salvo para la función jurisdiccional, ni de la exclusividad de funciones, sino por el camino contrario de la integración y la colaboración. El principio liberal subsiste en los Estados democráticos, pero se ha transformado en otro esencialmente distinto y mucho más complicado.

La expresión garantías constitucionales, aunque de frecuente utilización doctrinal en la primera mitad de siglo, ha obtenido su plena consagración entre los juristas italianos a partir del texto de 1947. Desde entonces hasta hoy ha sido abundantemente tratado. En primer lugar, es preciso advertir las dos posibles acepciones de dicha expresión. Por una parte, en un sentido amplio o subjetivo alude a la inserción en los textos constitucionales de principios, institutos o situaciones subjetivas, que, a partir de su incorporación al texto, quedan especialmente asegurados o garantizados; así los mismos derechos fundamentales son una garantía de la actuación de los poderes públicos. Un segundo sentido, más concreto, supone la existencia de determinados mecanismos jurídicos de seguridad que el ordenamiento constitucional establece a fin de salvaguardar y defender la integridad de su valor normativo. Según esta acepción, los derechos fundamentales no serían instrumentos aseguradores, sino objeto de garantías que explícita o indirectamente contiene el ordenamiento constitucional. En general, son muy dispares los mecanismos de protección de los derechos que se pueden encontrar en Derecho comparado. Los sistemas de garantías pueden ser variados, por lo que nos referiremos a los tres que nos parecen esenciales.

Así uno de los habituales es el principio de “reserva de Ley”, de conformidad con el cual sólo el legislador ordinario puede desarrollar las condiciones de ejercicio de los derechos utilizando para ello incluso instrumentos normativos especiales, como en España son las Leyes Orgánicas (art. 81 CE). Además, las especiales garantías procesales de los derechos que se recogen en el artículo 53 CE y que hacen referencia tanto a la existencia de un procedimiento “preferente y sumario” en defensa de los derechos fundamentales, como la posibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional [art. 161.1b) CE].

No cabe ninguna duda de que la intervención de los jueces en base a su función esencial de “tutores de derechos”, definiendo los límites del ejercicio de un derecho o garantizando con su intervención la legitimidad de las restricciones (art. 24 CE) es una de las principales garantías de los derechos fundamentales.

Finalmente, la creación de órganos específicos, como puede ser el caso del Defensor del Pueblo español, alto comisionado de las Cortes Generales de entre cuyas funciones destaca supervisar la actuación de los poderes públicos y especialmente defender los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 54 CE).

También, algunas Constituciones posteriores a la Segunda Postguerra Mundial, para asegurarse de la independencia de la función jurisdiccional, introdujeron Consejos Superiores de la Magistratura o Consejos Generales del Poder Judicial (Italia, Francia<sup>20</sup>, España...) destinados a la gobernación de los jueces sin intrusiones del ejecutivo. Son órganos constitucionales situados en el vértice del Poder judicial e integrados en distintas formas, con miembros elegidos por otros órganos constitucionales, o por los mismos jueces y magistrados destinatarios de sus resoluciones. Pero, sobre todo, los Defensores del Pueblo y la aparición de los Tribunales Constitucionales han significado en Europa una verdadera revolución constitucional para la división de poderes.

## 4.2. El Defensor del Pueblo

Claramente, la protección de los derechos de los individuos frente a los excesos de poder fue una preocupación temprana<sup>21</sup>. De hecho, el papel fundamental del individuo como sujeto y objeto de derechos condujo a la creación en 1809 del primer Defensor del Pueblo, el *Ombudsman* sueco, creado por el Instrumento de gobierno de igual fecha, uno de los cuatro textos que configuró la Constitución sueca hasta 1974.

A partir de ese momento el *Ombudsman* sueco constituye un instituto que fue inicialmente imitado por otros países nórdicos y que posteriormente se ha generalizado en los Estados europeos democráticos<sup>22</sup>. En la actualidad, establecida la institución en el artículo 6.º del Capítulo XII de la Ley Constitucional Sueca, se permite el nombramiento de uno o varios *Ombudsman*, dependientes del Parlamento. Constituyen órganos públicos, designados por la Cámara de Representantes y responsables ante ella de su gestión. Su misión específica consiste en velar por la aplicación de las Leyes y de los reglamentos en el ámbito de las actividades públicas. Además, la Ley Constitucional les otorga potestades para entablar acción judicial en los casos previstos por la legislación de desarrollo.

---

<sup>20</sup> LUCHAIRE, F., "El Consejo Constitucional Francés", en FAVOREU, L., et al., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 55 y ss.

<sup>21</sup> A diferencia de defensores como el español, que se configura como institución de garantía de los derechos fundamentales, el defensor del pueblo sueco pone el énfasis en el control de la Administración. Al respecto, DÍAZ CREGO, M., "Defensor del pueblo y Justicia Constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, p. 308. COLOMER VIADEL defiende incluso un antecedente de los defensores en los tribunales de la plebe: COLOMER VIADEL, A., "El Defensor del Pueblo: Un órgano político-administrativo de protección de los derechos" *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, 2008, pp. 60 a 61 y 63, en donde cita además otros antecedentes de Derecho comparado.

<sup>22</sup> Sobre el *Ombudsman* en Suecia, así como sobre las normas que le son aplicables y la bibliografía al respecto *vid.* FAIRÉN GILLÉN, V., "Normas y notas sobre el «*Ombudsman*» de Suecia", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 21, 1981, pp. 127-151 y CARBALLO DE ARMAS, P., *El Defensor del Pueblo. El «*Ombudsman*» en España y en el Derecho comparado*, Madrid, 2003, pp. 65-77. *Vid.* también ÁLVAREZ VÉLEZ, M.ª I., "Suecia", en RIPOLLÉS SERRANO, M.ª R. (Coord.), *Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, Congreso de los Diputados*, Madrid, 2010, pp. 219-220.

A partir del modelo de *Ombudsman* sueco el instituto fue inicialmente imitado por otros países nórdicos y posteriormente se ha generalizado tanto en los Estados europeos democráticos como en Iberoamérica<sup>23</sup>. Ciertamente que ese poder inicial del *Ombudsman* sueco no tiene traducción precisa en otros ordenamientos y viene encuadrado en el proceso de decadencia de la autoridad regia, que debía desembocar en la independencia de los tribunales, y más tarde también en la supremacía del Parlamento<sup>24</sup>.

En España, también la Constitución en el Capítulo IV del Título I dedicado a las garantías de los derechos fundamentales prevé la institución del Defensor del Pueblo en el artículo 54, en los siguientes términos: “Una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actuación de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”<sup>25</sup>.

En los debates constitucionales el precepto sufrió muy pocas modificaciones, pues no se produjo discusión sobre el fondo y su tramitación estuvo rodeada de un espíritu de consenso entre nuestros constituyentes, “que se preocuparon más de constitucionalizar la institución que de determinar sus perfiles”<sup>26</sup>.

Este artículo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (LODP) en la que se establece que actúa como comisionado por las Cortes Generales, por lo que su elección corresponde a las mismas. Nos parece muy acertado, como ha señalado Cascajo, mantener que el Defensor del Pueblo es “un órgano auxiliar del Parlamento en el ejercicio de su función de control y de investigación” y que, con su existencia en un Estado social y democrá-

<sup>23</sup> En Iberoamérica la figura del *Ombudsman* nacional se ha introducido en prácticamente todas las Constituciones, por ejemplo, en Guatemala en 1985, en El Salvador en 1991, en México y Costa Rica en 1992, en Honduras en 1993: ÁLVAREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup> I., “El Defensor del Pueblo estatal y los Defensores autonómicos: instituciones de garantía de los derechos”, en ÁLVAREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup> I., y VIDAL PRADO, C. (Coords.), *La Constitución española: 1978-2018*, Editorial Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, p. 271.

<sup>24</sup> LA PERGOLA, A., “*Ombudsman* y Defensor del Pueblo: apuntes para una investigación comparada”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7 (nueva época), enero-febrero, 1979, pp. 71-72.

<sup>25</sup> Amplia es la bibliografía acerca de la figura del Defensor del Pueblo. Citamos sin ánimo de ser exhaustivos los siguientes trabajos, ya históricos: FAIRÉN GILLÉN, V., *Defensor del Pueblo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982; GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, A., *El Defensor del Pueblo (Comentario en torno a una proposición de Ley orgánica)*, Civitas, Madrid, 1979; PÉREZ UGENA Y COROMINA, M., *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

<sup>26</sup> GARRIDO FALLA, F., “Artículo 54”, en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 900. Señala COLOMER que de la figura constitucionalizada los “antecedentes remotos se encuentran en el tribuno romano de la plebe, en el sahib-al Mazi, del Al-Andalus musulmán, el Justicia Mayor de Aragón –aunque éste era un verdadero juez– y el Diputado del Común, de Canarias”: COLOMER VIADEL, A., *op. cit.*, p. 63. Otros difieren de esta opinión entendiendo que el constituyente no tuvo en cuenta esos antecedentes históricos, pues sus modelos de inspiración fueron el *Ombudsman* sueco y el resto de los Defensores europeos: BAR CENDÓN, A., “El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y otros, *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Libros Pórtico, Zaragoza, 1982, pp. 301 y 302.

tico de Derecho, como el nuestro, “permite al menos en principio, una fiscalización más penetrante en la función ejecutiva”<sup>27</sup>.

La propuesta se realiza a través de las Comisiones creadas al efecto en ambas Cámaras (hoy refundidas en una Comisión mixta), y se eleva al Pleno, donde se realiza la designación, para lo que es necesario que el nombre propuesto consiga la mayoría de tres quintos de ambas Cámaras, para un mandato de cinco años. No está sujeto a mandato imperativo alguno, y goza asimismo de inmunidad, inviolabilidad y de fuero privilegiado. Sus atribuciones se extienden a poder investigar, bien de oficio, bien a instancia de parte, cualquier actividad de la Administración y sus agentes en relación con los ciudadanos, y en virtud, a los principios a que ésta se atiene, y que quedan recogidos en el artículo 103 de la Constitución.

Tras la aprobación de la Constitución de 1978 y la configuración del Estado de las Autonomías, éstas se fueron dotando de instituciones, que de forma mimética a la organización estatal sirvieran a una eficaz organización autonómica que aprovechara la cercanía al ciudadano para ofrecer a éste una eficaz administración que atendiera a sus necesidades, aunque en sí misma la duplicidad orgánica para un mismo objeto, máxime cuando uno de ellos tiene un ámbito territorial limitado, parece sugerir justo lo contrario.

Una de las instituciones que se fraguó siguiendo el modelo estatal fue el Defensor del Pueblo Autonómico. El principal argumento que ha sido utilizado para justificar la conveniencia de dotarse de esta institución ha sido la de contar con una institución cercana a la ciudadanía, que haga valer las necesidades de ésta frente a la Administración autonómica, ello aun cuando el propio Defensor del Pueblo estatal tiene esta capacidad<sup>28</sup>.

No obstante la creación de los defensores autonómicos no ha sido pacífica, ni exenta de dificultades<sup>29</sup>. El hecho de configurar una institución en paralelo a la del Defensor del Pueblo, con sus aciertos y deficiencias, ha ocasionado que la opinión pública vea esta figura como una duplicidad orgánica en la Administración y cuyo verdadero fin no trasciende lo suficiente como para poder cumplir, adecuadamente, el objeto para el que ha sido configurada.

Sobre este punto es necesario analizar varias cuestiones. La primera, es su ámbito de actuación con respecto al del Defensor del Pueblo estatal.

---

<sup>27</sup> CASCAJO CASTRO, J. L., “Los defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1989, p. 44. En sentido semejante VARELA SUANZES-CARPEGNA entiende que el Defensor del Pueblo sería un órgano auxiliar de las Cortes Generales, entendiéndolo con ello que las funciones que el ordenamiento le encomienda son paradigmas de funciones no creadoras de Derecho y, en consecuencia, no constitucionales: VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., “La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, mayo-agosto, 1983, pp. 64-67.

<sup>28</sup> Si bien en un sentido diferente al que apuntamos, COLOMER VIADEL se refiere, a las ventajas e inconvenientes de contar con una institución similar al Defensor del Pueblo a nivel autonómico: COLOMER VIADEL, A., *op. cit.*, p. 69.

<sup>29</sup> Sobre este tema *vid.* ÁLVAREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup> I. y CORREAS SOSA, I., “La tutela no jurisdiccional de los derechos de la infancia: acerca de las figuras del defensor del pueblo, defensores autonómicos y defensores del menor”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013.

Así, mientras éste es competente para la supervisión de la Administración entendida en términos generales, los Defensores autonómicos sólo pueden actuar en el ámbito territorial de su Comunidad Autónoma. Junto a ello, y como segundo aspecto, podemos afirmar que la protección dispensada por los Defensores autonómicos no es plena. Así, el Defensor del Pueblo estatal es institución de garantía de los derechos fundamentales y como tal puede y debe acceder, en ejercicio de sus funciones ante el Tribunal Constitucional, para interponer recurso de inconstitucionalidad o recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales. Al contrario, los Defensores autonómicos han de solicitar para ello, bien el auxilio de las Asambleas legislativas autonómicas, bien la ayuda del propio Defensor del Pueblo estatal. A estas cuestiones, hay que añadir otras consideraciones que merecen ser tenidas en cuenta a la hora de abordar la problemática que genera la figura del Defensor. Creemos que tiene sentido mantener este tipo de cauces como instrumentos sencillos, que faciliten el control de las actividades administrativas lesivas de las esferas más íntimas del ciudadano, pero su finalidad de órgano de supervisión se diluye cuando se duplican los trámites, instancias, procedimientos... y su actividad supone cierta pérdida de eficacia, que el ciudadano concibe con inseguridad y desconfianza.

Es cierto, que las garantías de protección y defensa de los derechos constituyen una profundización en el Estado social y democrático de Derecho que la propia Constitución configura, y por ello deben ser siempre bien recibidas. Por ello, no podemos condenar, en principio, la existencia de ninguna instancia de protección. Sin embargo, sí nos parece adecuado que la existencia de instituciones que al ciudadano le sean cercanas y asequibles, máxime cuando hablamos de colectivos “desprotegidos” como la infancia, pero no redunde en su beneficio abrumar a los administrados con una infinidad de instituciones que le conduzcan a una absoluta oscuridad.

### 4.3. La justicia constitucional

Así es la posición de la Constitución en el ordenamiento, como norma suprema a la que deben someterse el resto de las normas, la que parece obligar la instrumentación institucional de un sistema de control de constitucionalidad. Surgen así los Tribunales Constitucionales. Los requisitos necesarios para que pueda señalarse la existencia de un sistema de control de constitucionalidad son<sup>30</sup>:

- a) La existencia de una Constitución total o parcialmente rígida. El control de constitucionalidad requiere que los preceptos constitucionales puedan distinguirse claramente de los preceptos legales por

---

<sup>30</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 4, 2000, p. 248.

- su distinto y más completo procedimiento para su establecimiento, reforma o derogación.
- b) La existencia de un órgano de control que sea independiente y autónomo de los órganos sometidos al control. No hay posibilidad de un efectivo control de constitucionalidad si el órgano encargado de realizar el control se encuentra subordinado a uno de los órganos que debe ser controlado o el órgano que realiza el control es, al mismo tiempo, el que debe ser objeto de control.
  - c) El órgano encargado de efectuar el control debe estar dotado de facultades decisorias. Ello significa que las resoluciones o sentencias del órgano controlador producen efectos jurídicos vinculantes para los afectados los que no pueden actuar al margen de lo decidido por el órgano que realiza el control.
  - d) Facultad de las personas afectadas o interesadas de impugnar por sí mismas el precepto o acto inconstitucional.
  - e) Sometimiento de todo el sistema normativo estatal al control de constitucionalidad. Ello implica que todos los preceptos o normas que emanan de los órganos del Estado están sometidos al control de constitucionalidad.

El origen de la justicia constitucional en Europa suele atribuirse a la Constitución austríaca de 1920 y a su inspirador, Hans Kelsen. Sin embargo, ya en el siglo XIX hay en Europa algunos casos: los Tribunales supremos pronunciaron esporádicamente algunas sentencias que afirmaban su competencia para desarrollar un control incidental de constitucionalidad de las leyes, según el modelo estadounidense: es el caso de Grecia (1847), Noruega (1866) o Portugal.

La doctrina, por su parte, se ha preocupado desde un principio de elaborar teorías para justificar la presencia de la justicia constitucional en las democracias. Desde la teoría kelseniana de la democracia como compromiso, en la que al Tribunal Constitucional correspondería desarrollar una función antimayoritaria, a aquella de la democracia deliberativa y procedimental de Habermas, en la que la legitimidad del Tribunal Constitucional derivaría de su diálogo continuo con el legislador y de la apertura de un espacio público de debate<sup>31</sup>.

La auténtica justicia constitucional surge en los años inmediatamente posteriores a la Primera Guerra Mundial. Como la checoslovaca (que precede de hecho a la austríaca, dado que el Tribunal Constitucional checoslovaco comenzó a funcionar el 29 de febrero de 1920, mientras que el austríaco lo hizo el 1 de octubre de ese mismo año) o la de la Alemania de Weimar (en la

---

<sup>31</sup> Vid. en este sentido GROPPI, T., “¿Existe un modelo europeo de justicia Constitucional?”, *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005, p. 52. También REVENGA SÁNCHEZ, M., “Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la Constitución (o en defensa de la interpretación como diálogo)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, p. 143.

que, desde 1925, en ausencia de una explícita prohibición constitucional, los jueces se reconocieron el poder de controlar las leyes del Reich).

En Europa, la expansión de la justicia constitucional se ha producido en cuatro “oleadas”<sup>32</sup>. Una primera oleada se produjo en el período de entreguerras, y comprende las experiencias constitucionales de Austria (1920), de Checoslovaquia (1920), de Liechtenstein (1921), de Rumania (1923), de la Alemania de Weimar (1925), de la Segunda República española (1931) y de Irlanda (1937). Dejando de lado el caso irlandés, se trata de experiencias que tuvieron una breve duración, y que sucumbieron como consecuencia de la caída de los regímenes democráticos. Una segunda oleada se produce en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial: además del restablecimiento del Tribunal austriaco (1945), se prevén Tribunales constitucionales en Italia (1948) y en Alemania (1949); también la Constitución de la V República francesa (1958) y la turca de 1961 pueden ser incluidas en esta fase. Una tercera oleada tiene lugar en los años setenta, con las Constituciones griega (1975), portuguesa (1976), española (1978), y las revisiones de las Constituciones sueca (1979) y belga (1980). Finalmente, la cuarta oleada afecta principalmente a los países de la Europa centro-oriental, a partir de la reforma de la Constitución húngara de 1989 para llegar hasta la nueva Constitución albanesa de 1998, pero comprende también a Luxemburgo (que revisa su Constitución en 1996) y a Finlandia (con su nueva Constitución de 1999).

Es importante señalar que el desarrollo de la justicia constitucional se produce al mismo tiempo que la democratización: el nexo entre justicia constitucional y democratización es fácilmente perceptible desde las primeras experiencias a las que se ha hecho referencia y caracteriza la evolución de la justicia constitucional en cada una de las cuatro etapas indicadas, aunque resulte particularmente evidente en el caso de los países de la Europa mediterránea en los años setenta y en el de los países de la Europa centro-oriental en los años noventa. Por otra parte, la sola referencia a la democratización no es capaz por sí misma de explicar por entero la expansión de la justicia constitucional en Europa. Se ha asistido también al nacimiento de sistemas de justicia constitucional en ordenamientos ya democráticos, que en un cierto momento han aceptado someter la ley a alguna forma de control jurisdiccional.

En estos casos, la justicia constitucional se ha introducido a través de una reforma constitucional, bien con ocasión de una revisión total (como en el caso de Francia o de Finlandia) o bien dirigida y limitada a este aspecto concreto (como ha sucedido en Suiza, Bélgica o Luxemburgo). Se olvida así que la jurisdicción constitucional fue un expediente introducido en Europa en circunstancias bien concretas, las de unas democracias amenazadas, y en las que la defensa de la Constitución se planteó como un problema acuciante. Podría así decirse que en Europa la quiebra de la

---

<sup>32</sup> GROPPI, T., *op. cit.*, p. 47.

democracia ha actuado históricamente como un acicate para la incorporación y difusión de la justicia constitucional.

En la Constitución española de 1931 se estableció, por primera vez en España, un Tribunal Constitucional, con las funciones básicas de conocer los recursos sobre la inconstitucionalidad de las leyes, las consultas sobre la posible inconstitucionalidad de las leyes presentadas por los Tribunales y el recurso de amparo<sup>33</sup>. Además, disponía de facultades en conflictos de competencia entre el Estado y las regiones autónomas y sobre la responsabilidad criminal del Jefe del Estado y otros altos cargos<sup>34</sup>.

Por otra parte, la creación del Tribunal Constitucional resulta lo más novedoso de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuya labor jurisprudencial lo ha convertido en pieza clave del sistema político<sup>35</sup>. Si bien es cierto que la Constitución de Weimar creó por primera vez un Tribunal Constitucional, sus competencias fueron limitadas, orientadas sobre todo a los conflictos constitucionales entre el Gobierno central y los Estados miembros, por lo que su papel en el sistema político de aquella República fue modesto. Por el contrario el actual Tribunal Constitucional alemán, que inició su actividad en 1951, no sólo es el principal defensor de la Constitución, sino que se ha convertido en auténtico garante del equilibrio entre los diferentes órganos constitucionales<sup>36</sup>. Especialmente relevante entre sus funciones se encuentra el conocimiento de los conflictos de competencias, entre la Federación y los Estados federados, o de estos últimos entre sí<sup>37</sup>.

El Tribunal Constitucional en España está regulado en el Título IX CE y se encuadra en el modelo europeo de constitucionalismo concentrado, aunque algún sector de la doctrina considera que se trata de un modelo a medio camino entre el control de constitucionalidad concentrado y el difuso, debido a la vía abierta en el artículo 163 CE, para que

---

<sup>33</sup> Sobre el Tribunal durante la Segunda República pueden consultarse, entre otras, los trabajos de BASSOLS COMA, M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010; y de RUBIO LLORENTE, F., “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-1983, pp. 27-38.

<sup>34</sup> Sobre lo inadecuado de esta competencia de enjuiciamiento criminal de los titulares de altos organismos del Estado por delitos cometidos en el ejercicio del cargo se pronuncia RUBIO LLORENTE, F., *op. cit.*, p. 32.

<sup>35</sup> Sobre el Tribunal Constitucional Alemán puede consultarse STEINBERGER, H., “Algunos rasgos fundamentales de la Justicia Constitucional en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 51, 1986, pp. 7-22. *Vid.* además los siguientes artículos sobre el mismo tema: FALLER, H. J., “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania”, *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1979, pp. 47-68 y LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. de B., “Formulación de los criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, pp. 99-126.

<sup>36</sup> La Ley del Tribunal Constitucional Federal prevé entre sus competencias las “decisiones sobre las controversias entre Bund y Länder, ocasionadas por divergencias de opinión, particularmente acerca de la ejecución del derecho de los Länder y de ejercicio de control federal”.

<sup>37</sup> *Vid.* BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán para la interpretación de las normas de reparto competencial entre el Bund y los Länder” *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 26, 1989, pp. 123-164.

los órganos del poder judicial se dirijan al Tribunal Constitucional mediante cuestión de inconstitucionalidad<sup>38</sup>.

Garante de la Constitución, el Tribunal se alza, por consiguiente, como el principal defensor del ordenamiento, lo que implica que esté limitado y, por supuesto, sometido a la Constitución y las leyes. Un constitucionalismo avanzado que ha creado un nuevo tipo de instituciones y de procedimientos constitucionales en un intento de circunscribir el poder político a ámbitos concretos y controlarlo<sup>39</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional es, ante todo, un órgano constitucional, pues no sólo es creado por la Constitución, sino que es regulado con cierto detalle en el propio texto constitucional, sustrayendo al legislador la disposición acerca de su composición, competencias más relevantes, la legitimación para acceder a su jurisdicción, y otras materias que conforman el modelo elegido. El Tribunal Constitucional es único en su orden, independiente de los demás poderes públicos y su jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional. No obstante, la naturaleza de las decisiones del Tribunal Constitucional (Sentencias, autos, providencias), el estatuto de sus miembros y el valor jurídico de dichas decisiones, se encuadran en la órbita de la jurisdicción.

Así lo ha señalado el Tribunal estableciendo: “Este Tribunal es un órgano jurisdiccional y no un órgano consultivo y por ello no le compete enjuiciar o corregir los razonamientos judiciales o el modo de expresarlos” (ATC 836/1986, de 22 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, AATC 85/1992, de 30 de marzo, FJ 4; y 226/1993, de 12 de julio, FJ 5, entre otras resoluciones. En el mismo sentido la reciente STC 18/2012, de 13 de febrero, FJ 2).

El artículo 1 LOTC define al Tribunal como “intérprete supremo de la Constitución”, por lo que su doctrina se impone a los demás poderes públicos (STC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 128/2002, de 3 de junio, FJ 2; y 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 3), aunque hay que tener en cuenta que “el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución” (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6).

Esta posición y las facultades que la Constitución le otorga, confieren al Tribunal el papel de garante de la Constitución y cierre del sistema constitucional. El Tribunal realiza también una labor integradora, especialmente valiosa en un Estado plural y descentralizado como el nuestro. La función de intérprete supremo le permite fijar las reglas constitucionales fundamentales para que el pluralismo se desenvuelva en el marco de un orden jurídico común, que respete las exigencias inherentes a las cláusulas de Estado social y democrático de Derecho. Así lo declaró el Tribunal: “En

---

<sup>38</sup> Acerca de las reformas del Tribunal Constitucional *vid.* ÁLVAREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup> I. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., “El Tribunal Constitucional: especial referencia a sus reformas más controvertidas”, en ÁLVAREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup> I., y VIDAL PRADO, C. (Coords.), *La Constitución española: 1978-2018*, Madrid, 2018, pp. 221-243.

<sup>39</sup> CAPELLETI, M., “¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 12-13.

un sistema de pluralismo político la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo” (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3).

La garantía del recurso de amparo en sede constitucional es un logro de nuestro Estado de Derecho y representa una profundización en la protección de los derechos fundamentales. Y, si bien, es cierto, que el excesivo número de amparos ante el Tribunal Constitucional ha desbordado toda previsión, no creemos que la supresión del recurso sea una solución conforme con las declaraciones, preceptos y principios que informan nuestro texto constitucional. Los Tribunales ordinarios realizan una labor permanente en defensa de los derechos, pero son conocidas la fragilidad de los derechos de los ciudadanos y las nuevas amenazas de vulneración, por ello el reto para la sociedad y para los poderes públicos consiste en fortalecer las garantías de protección, no reducirlas.

La labor del Tribunal Constitucional como defensor de los derechos no es rara avis, fue prevista por el constituyente español de 1931 y guarda semejanza con la reclamación constitucional alemana. Por otra parte, si la mayoría de los recursos de amparo no se admiten a trámite, la existencia de recursos que se resuelven por sentencia estimatoria, y que reponen a la demanda de restitución de un derecho conculcado por un poder investido de autoridad, obliga a respetar la voluntad del constituyente, al situar la última protección de los derechos fundamentales en sede constitucional, propiciando el acceso al Tribunal de los ciudadanos cuando los órganos del poder judicial no hayan restablecido al demandante en su derecho, con independencia de las razones generadoras de la situación. Esta es también la voluntad del Tribunal Constitucional, según manifestó en sus primeras sentencias: “Nada que concierna al ejercicio de los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal” (STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 14).

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL NECESARIO REFORZAMIENTO DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

La Constitución liberal se basa en dos principios claves; por una parte, la consagración de los derechos fundamentales como límite al poder del Estado, y por otra parte la separación de poderes. Estos dos principios, con algunas modificaciones, siguen en esencia plenamente vigentes. Así, la Constitución como norma obedece a un doble objetivo, dividir y organizar el poder público y proclamar y garantizar los derechos y libertades, lo que, a su vez, se ha traducido en un doble contenido del texto constitucional: parte orgánica y parte dogmática.

Como hemos venido señalando, en la actualidad la Constitución se convierte en la cúspide del ordenamiento como norma superior a todas las demás normas del Estado. Esta superlegalidad se manifiesta, desde el punto de vista formal, en la rigidez constitucional que exige un procedimiento especial de reforma del texto. Es clásica la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles, que implica diferentes concepciones acerca del significado de un texto constitucional. En realidad, si se pretende que la Constitución sea efectivamente la norma suprema del ordenamiento, resulta lógico que se rodee de garantías que dificulten los cambios operados en ella. Por esta razón, “en lugar de distinguir entre Constituciones rígidas y flexibles, como en los umbrales de siglo hacía Bryce, de lo que realmente habría que hablar ahora sería de Constituciones con mayor o menor grado de rigidez”<sup>40</sup>. Así, la mayor parte de las Constituciones vigentes gozan de un procedimiento rígido de reforma.

Por ejemplo, el objeto de la complejidad de los procedimientos establecidos en el Título X de nuestro texto constitucional, consiste en proteger a la Constitución de posibles modificaciones realizadas por la voluntad de mayorías no cualificadas de las Cortes o que ignoren la voluntad del pueblo. Especialmente, los requisitos previstos en el artículo 168 CE, y prescritos para la reforma total de la Constitución, o una parcial que afecte al Título Preliminar, a la Sección I del Capítulo II del Título I o al Título II, manifiestan el deseo del legislador constituyente de establecer una defensa especial para determinados preceptos del texto. De este modo, quedan sometidos a un reforzamiento de las garantías para su modificación, los principios políticos-constitucionales que se proclaman en el Título Preliminar; los derechos fundamentales y las libertades públicas; y, la Corona, institución que personifica en el Rey una Jefatura de Estado de carácter simbólico y representativo, sin poder efectivo.

La complejidad del proceso para la reforma “agravada” consiste en la exigencia del artículo 168, que conlleva la disolución de las Cortes Generales, tras la aprobación del proyecto de reforma por una mayoría de dos tercios de cada una de las Cámaras. Tras las elecciones legislativas, y una vez constituidas las nuevas Cámaras, éstas han de estudiar el texto propuesto, y aprobarlo, como es lógico, por igual mayoría. Se ordena, además, en este precepto, referéndum para la ratificación por el cuerpo electoral del texto de reforma constitucional aprobado por las Cámaras<sup>41</sup>.

Además, consecuencia también de la superlegalidad de la Constitución es su fuerza derogatoria, que queda determinada en las declaraciones de su Disposición derogatoria que pueden considerarse resumidas en su apartado 3.º: “asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a esta

---

<sup>40</sup> DEVEGA, P., *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 50.

<sup>41</sup> *Vid.* ÁLVAREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup> I., *Reforma de la Constitución: ¿necesidad, oportunidad o riesgo?*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2015.

Constitución”. Esto plantea el problema de la vigencia o no de la legislación preconstitucional, si son válidas o si por el contrario nos encontramos ante un supuesto de “inconstitucionalidad sobrevinida”<sup>42</sup>. Aunque no podemos entrar en este problema, baste recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la promulgación de la Constitución no implica, per se, la ruptura de la continuidad del ordenamiento jurídico preconstitucionalidad más que con respecto a aquellas normas que no puedan ser interpretadas conforme a la Constitución (STC 27/1981, de 28 de julio de 1981).

Por último, hay que destacar los cambios constitucionales que han tenido lugar en relación con la distribución de las competencias entre los poderes públicos. En los Estados actuales, el planteamiento clásico, que atribuía las funciones, legislativa, ejecutiva y judicial a tres órganos distintos, resulta insuficiente. Por una parte, porque la identificación de los poderes legislativo y ejecutivo debilita la eficacia de los controles del primero sobre el segundo. Por otra, porque los compromisos del Estado Social han convertido a las Administraciones públicas en verdaderos centros de poder. Razones que han desembocado en el establecimiento de nuevos órganos constitucionales que reciben determinadas atribuciones de la propia Constitución. De este modo, el equilibrio constitucional se fundamenta en una pluralidad de órganos que ejercen parcelas de poder. Así, se constitucionalizan nuevas instituciones para la defensa de los derechos de los ciudadanos y, además, se establecen nuevos órganos consultivos que participan en el entramado organizativo público de control presupuestario o de ordenación económica.

España no se constituye en un Estado de Derecho entendido de forma aislada, sino, antes bien, en un Estado social y democrático de Derecho. Consecuencia de ello es que la Constitución desea no sólo un Estado sometido al Derecho, sino que éste Derecho incorpore un amplio régimen de derechos y libertades ciudadanas que constituyan una efectiva garantía de los individuos frente al ejercicio del poder: sólo así la inviolabilidad de la esfera individual se encuentra plenamente asegurada. El sometimiento del Estado al Derecho cobra verdadero significado para el ciudadano, en estos términos, y en el sometimiento de la Administración a la legalidad.

Unido a esto, hay que resaltar lo esencial que supone la sumisión de los órganos constitucionales, y en general de los poderes públicos, a la jurisdicción constitucional, con lo que “el Estado español se convierte, no sólo en un Estado legal de Derecho, sino, también y esencialmente, en un Estado constitucional de Derecho”<sup>43</sup>.

Finalmente, puede mencionarse también que existe el debate constitucionalismo v. democracia. En efecto, frente al valor supremo de la Constitución, surgen nuevas posturas doctrinales que se muestran contrarias al rol que ha venido a jugar el texto constitucional. En los últimos decenios se

---

<sup>42</sup> PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Disposición derogatoria”, en ALZAGA VILLAMIL, O., (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo. XII, EDERSA, Madrid, 1989, pp. 649 y ss.

<sup>43</sup> GARCÍA PELAYO, M., *op. cit.*, p. 94.

aprecia en la doctrina cierta vuelta a los paradigmas de la supremacía del Parlamento. La situación parece mostrar un olvido de los acontecimientos que pusieron en duda el modelo positivista que imperó en los prolegómenos de la Segunda Guerra Mundial. Se aprecia una vuelta al optimismo histórico que presidió el ánimo de los revolucionarios franceses con Robespierre a la cabeza y que desarrollaron, como nos recuerda García de Enterría, la mística de la ley<sup>44</sup>. El legicentrismo que supuso una absoluta confianza en la razón del legislador para concretar los imperativos de la ley natural<sup>45</sup>.

Así, preguntas tales como, ¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? o ¿cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares puedan hacer prevalecer su voluntad sobre la del pueblo?<sup>46</sup>, empiezan a tener ya una contestación normativa concreta que pretende recuperar la primacía del Parlamento frente al poder contra-mayoritario. Pero nunca en aras de la defensa de la democracia se puede ir ni contra el Estado de Derecho constitucional, ni contra las instituciones representativas. Nuestro orden constitucional supone derechos fundamentales, separación de poderes, imperio de la ley, democracia parlamentaria y representativa, respeto a la justicia y, por supuesto, poderes limitados y controlados.

Gran parte de las nuevas propuestas que pretenden superar a través de diferentes instrumentos político-constitucionales los problemas que presenta el poder contra-mayoritario no se asientan ya exclusivamente en la mera virtud del principio de la mayoría, sino en la promoción de la deliberación, de la democracia deliberativa, dentro del debate constitucional. Como señala Astarloa la decisión y la gestión de los asuntos públicos en el siglo que estamos viviendo no es fácil, pues “la formidable revolución de los derechos de este tiempo supone la exigencia ciudadana de respuestas rápidas, cuando no inmediatas a los problemas y que además sean satisfactorias”<sup>47</sup>. Así, la jurisdicción constitucional se presentaría como instrumento de un sistema político en el cual la democracia deliberativa sería el método adecuado para tomar decisiones, de modo tal que los Tribunales, al resolver

---

<sup>44</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la Ley y el Juez, dos estudios*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p. 31.

<sup>45</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2.<sup>a</sup> ed., Trotta, Madrid, 2009, p. 71.

<sup>46</sup> GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*. Ariel, 11 a 13. Por su lado, GRASSO señala que a la representación de toda la nación se le ha superpuesto un colegio restringido de expertos, llamados a deliberar con argumentos deducidas de disposiciones de carácter indeterminado y polisémicas, impuestas por una especie de legislador extraordinario superior en el grado de la eficacia formal al más antiguo legislador ordinario. Es como si el positivismo anterior hubiera sido reemplazado por otro, encomendado a un órgano restringido, titular de un poder de decisión sin apelación. Vid. P. G. GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 50.

<sup>47</sup> ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., *El Parlamento Moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Iustel, 2017, p. 153.

los problemas de constitucionalidad sometidos a su jurisdicción, se verían implicados en un proceso de deliberación en el que, con la información suficiente, serían capaces de buscar de forma consciente el bienestar colectivo, serían capaces de tomar la solución más justa, serían capaces de acercarse a la verdad moral<sup>48</sup>.

Para García de Enterría, una Constitución “sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene, la Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros”<sup>49</sup>. Sin embargo, con frecuencia la politización del Tribunal conlleva una crisis del sistema constitucional y, por ende, un problema para la estabilidad democrática. “Las tensiones entre el legislador y la jurisdicción constitucional se convierten así en un componente inevitable de nuestras democracias, un fenómeno inherente a las mismas y frente al cual, como se ha dicho, la marcha atrás parece imposible”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., “Una aproximación al Tribunal Constitucional español desde la teoría de la democracia deliberativa”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2006.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 186.

<sup>50</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 146.