

¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL?

Miguel Ángel Presno Linera

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

presno@uniovi.es

<http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm>

“...o bien la Constitución se impone sobre cualquier disposición legislativa que le sea contraria, o bien el legislador puede cambiar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes ordinarias, y, como cualesquiera de ellas, puede modificarse cuando al legislador le plazca. Si la primera alternativa es verdadera, entonces una disposición legislativa contraria a la Constitución no es derecho; si lo es la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos por parte del pueblo de limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable. Ciertamente, aquéllos que han elaborado constituciones escritas las consideran como el derecho fundamental y supremo de la nación, y, en consecuencia, la teoría propia de cualquier Estado de este tipo ha de ser la de que las normas del legislativo contrarias a la Constitución son nulas. Esta teoría está esencialmente vinculada a la idea de Constitución escrita y, por ello, el tribunal ha de considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad”.

Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, caso *Marbury vs. Madison* (1803)

Advertencia preliminar: este guión es una aproximación al derecho constitucional en un breve espacio narrativo y a través de un montaje con pocas escenas, algunos *flashbacks* y abundantes elipsis, que se dirige, sobre todo, a no iniciados. Las referencias cinematográficas van en letra pequeña, prueba, en un contexto jurídico, de su gran importancia.

I. ¿Qué diferencia existe entre el ordenamiento de un Estado y el de una banda de criminales?

El objeto del derecho constitucional es la explicación de las señas de identidad y las reglas de validez del ordenamiento articulado a partir de una concreta Constitución –en España, la de 1978–, por lo que no nos ocupamos sólo de ese texto, sino también de aquellas otras normas que son determinantes para reconocer la estructura del sistema. Pero antes de profundizar en este objeto hay que determinar primero qué es Derecho, pues “sin clarificar el concepto de derecho que se toma

como punto de partida es imposible explicar en qué consiste la Constitución, ya que el concepto que se tenga de ella, y de su función en el ordenamiento jurídico, dependen directamente del concepto mismo de derecho” (Otto y Pardo).

El concepto de Derecho es objeto de discusión en *El asunto del día* y de caricatura en *Bananas*. El lenguaje jurídico es sometido a la crítica marxista en *Una noche en la ópera*: “¿Por qué no hacemos que la primera parte de la segunda parte contratante sea la segunda parte de la primera parte?...”

Si se admite que el Derecho es un conjunto de normas reguladoras de las relaciones sociales se hace necesario, de una parte, establecer qué es lo que distingue a las normas jurídicas de aquellas otras que también se ocupan de los vínculos sociales y, de otra, explicar por qué obliga lo jurídico. Esta pretensión, la de identificar el Derecho que consideramos válido, ya fue apuntada por San Agustín, que planteó un interrogante que suele recordarse en las primeras clases de nuestra asignatura: ¿qué es lo que distingue al ordenamiento del Estado del de una banda de criminales? En el cine encontramos innumerables ejemplos que ponen en escena esta cuestión, desde *M. El vampiro de Dusseldorf* hasta *Ciudad de Dios*, con el ineludible paso por la trilogía *El padrino* o *Muerte entre las flores*, por citar unos títulos (Algunas de estas películas y otras muchas que se citarán aquí han sido sistematizadas y comentadas por Rivaya y De Cima).

El elemento que define y separa a la norma jurídica de las demás es la sanción. Pero sanciones, y muy eficaces, también las aplica *el padrino*; la diferencia radica en la consideración de la sanción como objeto de la norma jurídica más que como garantía de su mandato. Las jurídicas no son sólo normas sancionadas, normas cuyo cumplimiento se apoya en una sanción; además son normas sancionadoras: contienen prescripciones acerca de los supuestos y las condiciones en los que debe aplicarse la fuerza física. Así, el Derecho, más que reprimir conductas, garantiza que la coacción sólo sea utilizada por los sujetos habilitados para ello en los casos y siguiendo los procedimientos que determina una norma.

Las normas de Derecho Constitucional responden a este esquema genérico: son normas sancionadoras, que concretan en qué condiciones y de qué manera se pueden establecer y regular las relaciones de poder dentro de una colectividad. Entonces hay que preguntarse en qué se basa su obligatoriedad y la de las normas que lo componen; en ambos supuestos la respuesta se encuentra en un concepto clave para el Derecho: la validez (Otto y Pardo).

Las normas jurídicas existen y, por tanto, obligan porque son válidas. Pero ¿cuáles son los criterios que sirven para reconocer esa validez? Aquí se comparte la idea positivista de que la

validez de las normas no puede consistir ni en el respeto a ciertos valores -justicia, libertad, igualdad-, como defienden las concepciones valorativas, ni en la eficacia de sus mandatos, como propugnan las concepciones sociológicas.

Sobre los problemas que plantea la ineficacia de normas válidas véase *Una cuestión de honor*.

Conviene anticipar que esta separación entre validez de las normas y juicios morales no implica indiferencia a propósito de la “calidad moral” del derecho positivo, del derecho puesto por las personas que pueden crearlo; muchos de los que propugnan esta diferenciación han sido “ardientes reformistas o críticos del derecho establecido, y quizá el más influyente reformista británico de todos los tiempos, Jeremy Bentham, fue, no por mera coincidencia, el progenitor intelectual del positivismo jurídico en su manifestación británica e incluso anglófona” (MacCormick).

Si la validez no puede fundamentarse en los valores, ni tampoco deducirse de los hechos, sólo queda, como propone el positivismo jurídico, buscarla en el interior del propio ordenamiento: la validez de cada norma se encuentra en otra que es por ello lógicamente superior. La obligación que establece cada norma es jurídica, pues calificar una norma como válida y entender que obliga sólo supone que pertenece al ordenamiento por haber sido elaborada conforme a lo dispuesto en otra norma de ese mismo sistema. Sin embargo, como no podemos elevarnos ilimitadamente tras una norma superior, este planteamiento tiene que tener un punto y final. El criterio de validez de esta norma que ocupa la cúspide del ordenamiento –la Constitución- es, en esencia, distinto al descrito para las otras: esa norma no está “puesta” sino “supuesta”, y la consideramos válida y obligatoria a ella y al ordenamiento en su conjunto cuando -y no porque- sea eficaz. En definitiva, la eficacia no es en último término la razón que explica la validez del ordenamiento, sino el elemento que actúa como condición para poder tratarlo como si fuera válido (Otto y Pardo).

Se ha criticado que, de acuerdo con estas premisas, un conjunto de normas creado o promovido por una banda de criminales puede llegar a ser aceptado como un ordenamiento estatal, y así ha ocurrido a la largo de la Historia, en España (el ordenamiento franquista se erigió a partir de la comisión, entre otros muchos, de un delito de rebelión, similar al que se presenta en la película *Missing* sobre el régimen de Pinochet) y en tantos otros, como refleja, a propósito de la Alemania nazi, la película *Vencedores o vencidos. El juicio de Nuremberg*, aunque también la subversión de un concreto orden establecido ha dado lugar a ordenamientos jurídicos, a Estados, en los que ha cristalizado la independencia de pueblos sometidos (véase *La batalla de Argel*).

En todo caso, reconocer a una norma como jurídica y conceder, como hace Tomás Moro en *Un hombre para la eternidad*, “al diablo el beneficio de la ley”, no significa que, como personas, aceptemos sin más su bondad; el propio Moro es un buen ejemplo. Además, cuando un Estado es democrático se prevén los instrumentos adecuados para promover el cambio de cualquier tipo de normas, incluidas las constitucionales, si bien, como es obvio, tal cosa no ocurre de inmediato y, en no pocas ocasiones, la lentitud de las reformas es frustrante, como bien refleja *Matar un ruiseñor* donde, en 1962, se narran hechos acaecidos treinta años antes y creíbles en la actualidad.

II. El nacimiento de una Constitución.

La Constitución es la norma jurídica “puesta” en la cúspide del ordenamiento y que condiciona las relaciones que existirán entre ella y las demás. Las normas constitucionales ya no se definen ni por su destinatario –no son en exclusiva los poderes públicos, sino también las personas– ni por su relevancia política, sino por una posición de supremacía desde la que obligan a toda la comunidad; como dice el artículo 9.1 de nuestra Norma Fundamental: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y a resto del ordenamiento jurídico.”.

La Constitución vincula a todos porque cualquier acción relevante para el ordenamiento vale en tanto no vulnere sus preceptos. Esta idea es una de las aportaciones esenciales del constitucionalismo norteamericano, que ya a finales del siglo XVIII crea las primeras Constituciones escritas de la historia, donde, además de estructurar la organización y funcionamiento de los poderes del Estado, se produce la primera constitucionalización de los derechos y libertades, al incluirlos primero en las Constituciones de los Estados recién independizados y, más tarde, en la Constitución federal de 1787, tras su reforma en 1791.

Esta primera “fundamentalización” de los derechos individuales respondió a una concepción iusracionalista. En Estados Unidos, a diferencia de lo que sucedió en la Europa del XVIII, se afirmó la *soberanía popular*, lo que suponía entender que el pueblo –compuesto por sujetos copartícipes de la soberanía– precedía y se superponía a cualquier órgano estatal, incluido el legislativo. La ley, por tanto, ni podía vulnerar los derechos constitucionales, puesto que la Constitución era la primera y principal emanación de la voluntad del pueblo, ni tampoco podía conculcar derechos y libertades que, aunque no se incluyeron en la Constitución, se concebían como derechos naturales que el pueblo soberano no había cedido a los órganos estatales (véase Bastida y otros); es bien gráfica la Novena Enmienda a la Constitución federal de 1787, incorporada en 1791: “No por el hecho de que

la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.”.

Esta mentalidad iusracionalista encuentra uno de sus paradigmas cinematográficos en *El joven Lincoln*, tanto como respuesta a los conflictos sociales –“si nos tomamos la ley por nuestra cuenta nos arriesgamos a que entre la confusión y la diversión colguemos a un inocente como culpable o nos colguemos unos a otros para divertirnos”- como para explicar el sentido de lo que es justo –ante la insistencia del fiscal para que la madre de los dos acusados declare cuál de sus hijos es culpable, Lincoln afirma: “quizá no sé tanto de leyes pero sé qué está bien y qué está mal, y lo que usted pregunta está mal”-.

Sin ir al cine, encontramos otro magnífico ejemplo de esta mentalidad en una de las más brillantes apologías del sufragio universal (en el sentido de no censitario), la realizada por Benjamín Franklin a fines del siglo XVIII: “Un hombre tiene hoy un asno que vale cincuenta dólares y esa posesión le da derecho de voto; sin embargo, el asno muere antes de la siguiente elección; mientras, el hombre adquirió más experiencia, su conocimiento de los principios del gobierno y su comprensión de la humanidad son más amplios, por lo cual está más capacitado para hacer una selección sensata de representantes. Pero el asno ha muerto y el hombre no puede votar. Entonces, caballeros, les suplico que me informen ¿en quién se basaba el derecho al sufragio? ¿En el hombre o en el asno?”

La supremacía de la Constitución como criterio elegido para definirla no significa que nos encontremos ante una concepción políticamente neutral. Si la Constitución es norma ha de imponer algún límite, estableciendo mandatos y prohibiciones, y si es suprema nada ni nadie pueden quedar al margen de sus prescripciones. Democracia y Constitución no son, por tanto, ideas ajenas, al implicar ambas la ausencia de cualquier dominación no sujeta a derecho. Esto no quiere decir que sólo pueda hablarse de Constitución cuando tal norma establezca un régimen democrático. Hay Constitución en tanto hay sujeción y límite de todos sin distingos.

Lo que ocurre es que el principio democrático refuerza el carácter supremo de la Constitución, ya que concentra en su esencia las mismas cualidades que el ordenamiento precisa para ser soberano. La democracia implica autorreferencialidad (autogobierno) y positividad (todo es mudable si se decide por el procedimiento de autogobierno). La decisión democrática comporta reglas, un sistema jurídico; por tanto, la soberanía popular, que es la idea que late tras la democracia, no se puede organizar sin derecho.

El sistema jurídico democrático es, pues, el que mejor resuelve las complejidades sociales, puesto que no trata de eliminar sus diversas manifestaciones (políticas, sociales, económicas, culturales,...), sino que presupone su existencia y trata de trasladar las expectativas sociales a las instancias de deliberación y decisión del Estado, a fin de que estas últimas les otorguen forma

jurídica y capacidad de obligar.

Para concluir este apartado, es conveniente recordar que, aunque no hay más normas constitucionales que las que aparecen en la “Constitución”, el objeto del Derecho Constitucional es, además, un “bloque constitucional” integrado por todas las normas que sirven para reconocer algunos aspectos de la estructura del ordenamiento que han quedado sin definir por la Constitución. De ahí que esta asignatura deba ocuparse también, por ejemplo, del estudio del derecho de la Unión Europea. Además, como se puede comprobar a lo largo de este libro, con el fin de racionalizar el estudio de un ordenamiento, se suele dividir en sectores que son atribuidos a distintas disciplinas. En este reparto artificial al Derecho Constitucional le corresponden las primeras etapas de formación del ordenamiento, por lo que su objeto se extiende a todas aquellas normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado; es decir, al “bloque de la constitucionalidad”, lo que explica, por ejemplo, que se estudien los Reglamentos Parlamentarios, normas infraconstitucionales, pero que condicionan de la validez de otras de su mismo rango, como las leyes.

III. Un Estado de principios.

La definición de la identidad del ordenamiento que atribuíamos a las normas constitucionales viene realizada por los principios estructurales del Estado, que son los encargados de determinar lo que se ha denominado forma de Estado y forma de gobierno; es decir, la distribución entre los distintos órganos del Estado de las competencias de creación normativa y la articulación de las relaciones entre esos órganos (Parlamento, Gobierno,...) y sus productos normativos (ley, decreto-ley,...).

En la Constitución española de 1978 estos principios son el estado de derecho, el principio democrático, el principio social, el principio autonómico, el principio de integración en organizaciones supranacionales y la forma de monarquía parlamentaria.

El “estado de derecho” implica el sometimiento de la actividad de los poderes públicos a normas jurídicas. Esos poderes que actúan de acuerdo con lo dispuesto en normas preexistentes no son sólo los propios del Estado central, sino todo poder público por definición; también los surgidos como consecuencia de la descentralización política en el interior –las comunidades autónomas en España, las regiones en Italia o los estados federados en Alemania- y el exterior –los órganos de la Unión Europea-.

Si bien el origen de este principio es antiguo, pues, antes ya que en la antigua Grecia, en China se hablaba del “gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres” como forma de organizar el poder para proteger a los gobernados, y Confucio escribía sobre la dignidad del individuo y su respeto como deber del buen gobierno, no han faltado ejemplos bien recientes en los que se ha tratado de subvertir su significado.

Veamos un caso de relevancia especial por el lugar –el del origen de la constitucionalización de los derechos- y el momento –comienzos del siglo XXI-: la Constitución de los Estados Unidos reconoció en fechas bien tempranas que no se obligará a persona alguna “a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal” (Quinta Enmienda, de 1791); “tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos” (Decimocuarta Enmienda, de 1868).

No obstante, un mes y medio después de los atentados del 11 de septiembre 2001 se aprobó el entramado normativo conocido como “Usa Patriot Act” (acrónimo de “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act”), que, en síntesis, amplía el poder de la Administración para realizar investigaciones secretas en los domicilios privados, habilita al Fiscal General para detener libremente y sin motivo a extranjeros que considere una ‘amenaza’, permite grabar las conversaciones entre los abogados y sus clientes; realizar escuchas telefónicas indiscriminadas; investigar los correos electrónicos y las páginas web visitadas; espiar las celebraciones religiosas y las reuniones políticas y ciudadanas, y llega al paroxismo de habilitar al Gobierno para requerir copias de los libros adquiridos o consultados en las librerías o bibliotecas. *Fahrenheit 451* no parece algo tan lejano.

Un anticipo cinematográfico de este “derecho” penal preventivo se pone en escena en *Minority report*, basada en un relato de Philip K. Dick, y la confirmación de que, una vez más, la realidad puede superar la ficción la podemos ver en *Fahrenheit 9/11*, de Michael Moore, donde se constata que las autoridades pueden hacer todas estas cosas sin tener que acreditar, mediante hechos o sospechas fundadas, que las personas investigadas están relacionadas de alguna manera con la comisión de algún delito, llegándose al delirio de que si la persona u organización investigada logra darse cuenta de que la espían, no puede, bajo amenaza de cárcel, revelar que está siendo espía.

Por si fuera poco, la Administración, a través de informes tanto del Departamento de Defensa como del Departamento de Justicia, ha justificado expresamente el recurso a los métodos violentos para obtener información, reduciendo los supuestos de tortura a los casos en los que el daño producido a la persona es equivalente en intensidad al dolor que acompaña a una herida grave, como el fallo de un órgano, el deterioro de las funciones fisiológicas o incluso la muerte. El actual *Attorney General* (Ministro de Justicia), Alberto Gonzales, en un informe presentado en enero de 2002 al Presidente proclamó que el nuevo paradigma de la guerra preventiva “convierte en obsoletas las estrictas limitaciones que la Convención de Ginebra establece para el interrogatorio de prisioneros enemigos”.

Las primeras decisiones en las que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se han pronunciado sobre estos díslates legislativos, de 28 de junio de 2004,

han sido decepcionantes, salvo, obviamente, para los que los promovieron y aprobaron: en el caso “*Hamdi –ciudadano norteamericano- v. Rumsfeld*” el Tribunal concluyó que se “pueden aceptar pruebas basadas en rumores, testimonios indirectos y conjeturas... , siempre que se permita al presunto ‘combatiente enemigo’ presentar su propia versión de los hechos para rebatir la declaración gubernamental” y que “una vez que el Gobierno presenta pruebas verosímiles de que al detenido le son aplicables los criterios para ser considerado “combatiente enemigo”, entonces es él quien tiene la carga de rebatir esta afirmación con pruebas más concluyentes; incluso en el caso “*Rasul v. Bush*”, la sentencia más “crítica” con esas previsiones legales, los efectos son limitados: nada dice sobre si el derecho al *habeas corpus* que se reconoce se aplica a ciudadanos de países con los que los Estados Unidos están en guerra (en esta caso los recurrentes eran ciudadanos australianos y kuwaitíes); nada dice sobre la situación jurídica de la base de Guantánamo y sobre la no aplicación allí de las Convenciones de Ginebra sobre tratamiento a los detenidos; nada se dice sobre los poderes presidenciales de decidir quiénes son “combatientes enemigos”; nada dice sobre la situación en la que se encuentran los prisioneros en otros centros de detención fuera de territorio jurisdiccional norteamericano (véase, extensamente, Beltrán de Felipe/González García).

En estas sentencias queda bien poco de las palabras de John Adams, uno de los “padres fundadores”, que en 1770, cuando se le reprochó que defendiera a soldados ingleses acusados de asesinato, respondió que la defensa legal debe ser la última cosa de la que un acusado pueda ser privado en un país libre. Ahora, la “Corte Rehnquist” ha venido a dar la razón a Marx, cosa que sin duda preocuparía a ambos; Groucho sentenció en su día que la justicia militar es a la justicia lo que la música militar es a la música.

Sobre la ineludible vigencia de las normas en tiempos de guerra y el debido respeto, precisamente ahí, del “estado de derecho”, véanse *Rey y patria* y *Senderos de gloria*.

El “principio democrático” consiste en la garantía de los derechos de participación en la toma de las decisiones políticas de la comunidad, fórmula a través de la cual se produce la autodeterminación de los individuos y el pueblo gobernado se convierte en pueblo gobernante. Sin el reconocimiento y tutela de la participación no hay democracia porque aquélla es su fundamento; no se trata tanto de que la decisión la adopten todos, como que todos puedan participar. Este principio supone, pues, la incorporación activa de los ciudadanos al Estado y es que la intervención de los integrantes de la sociedad en la adopción de las decisiones políticas fundamentales para su desarrollo constituye la esencia y el valor de la democracia moderna.

Los partidos políticos y régimen electoral general, que cuentan con entidad suficiente como para examinarlos de manera separada, guardan, como resulta evidente, una especial relación con el principio democrático, por eso nos referimos a ellos ahora.

Ante la complejidad de las sociedades modernas se hace necesaria, y casi imprescindible, la presencia de unos actores especialmente cualificados tanto para la formación y expresión de las opiniones políticas en el seno del sistema social como para su traslación a las instancias estatales que

han de otorgarles virtualidad jurídica. Tales actores son en los Estados democráticos modernos los partidos políticos, cuya importancia se ha reflejado en los propios textos constitucionales, bien bajo la forma del “reconocimiento constitucional” –la Constitución menciona a los partidos para colocarlos en una posición que facilite el desarrollo de sus funciones (es la fórmula recogida por las constituciones francesa, italiana, portuguesa y española)- o bien bajo la forma de la “incorporación constitucional” -las funciones públicas que los partidos deben desempeñar son prefiguradas por el ordenamiento, condicionando la existencia del partido a su efectivo cumplimiento (es lo que sucede en el ordenamiento alemán, que al establecer el concepto de partido especifica que una asociación pierde su posición jurídica como partido si durante seis años no participa con sus propias propuestas electorales en unas elecciones parlamentarias)-.

El principio democrático configura el proceso electoral como una forma de interiorizar el pluralismo político presente en la sociedad, de manera que los órganos de carácter representativo reflejen proporcionalmente en su composición aquella diversidad ideológica. Por este motivo, todo el sistema electoral, y no sólo la fórmula electoral, ha de atender a criterios proporcionales, dando así forma jurídica a la expresión del pluralismo presente en la sociedad, y consiguiendo que en la ley se exprese la voluntad popular.

Este sistema de asignación proporcional es el más acorde con el principio democrático, pues es el que mejor se ajusta a aquella idea originaria del peso igual de las fracciones de soberanía y de presencia de todas en el contenido del “Contrato”, pero su efectividad no depende en exclusiva de la fórmula electoral elegida, sino que está también mediatizada por otros elementos que pueden introducir desacordes importantes en el funcionamiento del conjunto del sistema. Es lo que ocurre al tratar de cohesionar una fórmula electoral como la “D'Hondt” con circunscripciones en las que se eligen pocos representantes, lo que genera una “distribución desproporcionada de escaños”, que beneficia a unas circunscripciones, que están “sobrerrepresentadas”, y perjudica a otras, que están “subrepresentadas”.

Como afirmó el Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Earl Warren, en el asunto “*Reynolds vs. Sims*” (1964), “*en la medida que el derecho de voto de un ciudadano pierde valor, él mismo se menoscaba como ciudadano. No se puede hacer que el peso del voto de un ciudadano dependa del lugar donde vive.... Un ciudadano, un votante capacitado, no lo es en mayor o menor grado por el hecho de que viva en la ciudad o en el campo.* Este es el mandato claro y vigoroso de nuestra Constitución en la Cláusula de Igual Protección.... Ni la historia por sí sola, ni la economía u otro tipo de intereses de grupo son factores admisibles para tratar de justificar las disparidades de la representación basada en la población....

Los que votan son los ciudadanos, no la historia o los intereses económicos. Votan las personas, no las tierras, los árboles o los pastizales.” (la cursiva es nuestra).

En suma, la existencia de elementos que restringen la proporcionalidad menoscaba en un sentido contrario al tenor democrático el principio según el cual los votos de todos los ciudadanos que participan en los asuntos públicos han de tener el mismo valor, como presupuesto previo para la expresión plural de las diferentes opciones políticas.

Con lo dicho se pretende evidenciar que el sistema electoral ha de ser estudiado en su conjunto o, al menos, en sus elementos esenciales, sin reducir el examen a la fórmula electoral, que si bien es la que convierte los votos de los ciudadanos en la voluntad del Cuerpo electoral, no siempre refleja una coincidencia aceptable democráticamente entre los primeros y la segunda.

Algunos ejemplos del tratamiento cinematográfico de las cuestiones electorales, que reflejan a su vez espacios políticos bien distantes y distintos, los podemos encontrar en *El disputado voto del señor Cayo*, basada en el relato de Miguel Delibes, o la película iraní *El voto es secreto*; no nos atrevemos a recomendar aquí *Colores primarios*, pues las páginas del libro del mismo título de Joe Klein en el que está basada valen bastante más que las imágenes de esa película, pero sí *Wilson*, para ilustrar algunas peculiaridades del sistema electoral de los Estados Unidos.

La separación Estado-sociedad también se ha visto superada con la introducción del “principio social”. La acción reguladora del Estado se extiende a relaciones tradicionalmente consideradas privadas y a realizar prestaciones en favor de individuos desfavorecidos. Desde esta perspectiva, la Constitución se ve traspasada por preceptos cuya estructura deja de ser la clásica de las normas condicionales –si se da el supuesto de hecho A debe producirse la consecuencia B- para adoptar la forma de una programación final que no prescribe una respuesta a una situación de hecho, sino el logro de determinados fines (búsqueda del pleno empleo, de un ambiente adecuado,...). De este modo, el Estado abandona su tarea de mero ordenador de la convivencia social para convertirse en conformador de esa misma convivencia.

La proclamación de un Estado como “social” ha de dirigirse a la superación de la diferencia entre libertad formal y libertad real, entre libertad individual y libertad social, en suma, entre libertad e igualdad. El artículo 9.2 de la Constitución española responde a esta nueva perspectiva del papel de los poderes públicos en relación con la libertad de los individuos y de los grupos en los que se integran: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la que libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas;

remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”.

En relación con los derechos de las personas, el principio social tiene una doble vertiente: de un lado, surgen nuevos derechos, derechos sociales, de contenido prestacional que comprometen la acción del Estado para su garantía (derecho a la educación gratuita, al trabajo, a la asistencia sanitaria,...); de otro lado, se reinterpretan todos los demás derechos desde esta dimensión social, lo que adquiere gran relevancia, pues su efectividad puede depender de un apoyo económico para su realización y, en tal sentido, cabría interpretar que, al menos en parte, tienen un contenido prestacional (por ejemplo, para que se creen o subsistan asociaciones, centros educativos,...).

Además, la dimensión social de los derechos, unida al principio democrático, da una nueva perspectiva a la eficacia de éstos, que no sólo ha de ser vertical – frente a los poderes públicos-, sino también horizontal -entre individuos, dentro de la sociedad, lo que supone un extraordinario avance, por ejemplo, en las relaciones laborales- (véase Bastida y otros).

La ausencia, presencia o insuficiencia del principio social en los Estados contemporáneos es una constante a lo largo de la historia del cine, desde los orígenes, donde se reflejó en la extensa e intensa filmografía de Chaplin (*El vagabundo*, *El inmigrante*, *Vida de perro*, *El chico*, *Luces de ciudad*, *Tiempos modernos*,...), pasando por el expresionismo alemán y el neorrealismo italiano, hasta el cine que se hace en nuestros días en multitud de lugares. Por citar algunos directores y países, en Centro y Sudamérica, Adolfo Aristarain (*Un lugar en el mundo*) y Juan José Campanella (*El hijo de la novia*) en Argentina; Fernando Meirelles (*Ciudad de Dios*) y Walter Salles (*Estación Central de Brasil*) en Brasil; Sergio Cabrera (*La estrategia de caracol*) y Víctor Gaviria (*La vendedora de rosas*) en Colombia; Ricardo Larraín (*La frontera*) y Orlando Lübbert (*Taxi para tres*) en Chile; Fernando Pérez (*La vida es silbar*, *Suite Habana*) y Tomás Gutiérrez Alea (*Fresa y chocolate*, *Guantanamera*) en Cuba; Guillermo del Toro (*El espinazo del diablo*) y Arturo Ripstein (*Así es la vida*) en México. En Estados Unidos, entre otros muchos, Terry Gilliam (*El rey pescador*) y Gus van Sant (*El indomable Will Hunting*, *Descubriendo a Forrester*). En España, Iciar Bollaín (*Flores de otro mundo*), Fernando León (*Los lunes al sol*) y Benito Zambrano (*Solas*). En otros países de Europa, Ken Loach (*Lloviendo piedras*, *Ladybird ladybird*, *La cuadrilla*,...); Stephen Frears (*La camioneta*, *Negocios ocultos*) y Peter Cattaneo (*Full Monty*) en Gran Bretaña; Lauren Cantet (*Recursos humanos*); Robert Guédiguian (*Marius y Jeannette*) y Bertrand Tavernier (*Hoy empieza todo*) en Francia; Wolfgang Becker (*La vida en obras*) y Andreas Kleinert (*Senderos en la noche*) en Alemania; Riccardo Milani (*El lugar del alma*) y Marco Tullio Giordana (*Los cien pasos*) en Italia; los hermanos Dardenne (*Rosetta*) en Bélgica,....

Sobre la filmografía que refleja algunos aspectos del principio social, véase Isabel Sánchez.

Si la inclusión del principio democrático hace de la Constitución una norma abierta, capaz

incluso de integrar mediante su reforma a las opciones contrarias a su contenido y de adaptarse a los cambios sociales, como ya demandó hace más de dos siglos Thomas Jefferson, la incorporación de los principios de apertura “ad intra” –capacidad legislativa de las instituciones autonómicas, regionales o federadas- y “ad extra” –atribución de potestad normativa con eficacia directa a los órganos de la Unión Europea- hace de la Constitución una norma variable, pues, sin necesidad de que se produzca reforma alguna, permite que se produzcan cambios en la estructura del ordenamiento constitucional. Precisamente, en el seno de la Unión Europea se está asistiendo a un proceso de transformación, uno de cuyos hitos es ya el Tratado por el que instituye una Constitución, que tal vez desemboque en unos Estados Unidos Europeos (para conocer su texto y contexto véase Alonso García/Sarmiento).

Para concluir con los principios estructurales, ha de hacerse mención a la “Monarquía parlamentaria”, insistiendo en el hecho de que, en rigor, en un sistema constitucional democrático, la Monarquía no es ni forma de Estado –el titular de la Corona no participa en la creación de normas- ni forma de gobierno –apenas interviene en la organización y funcionamiento de los demás órganos constitucionales-, sino la forma hereditaria y vitalicia de proveer la Jefatura del Estado, distinta en esto, pero no en mucho más, de las Presidencias de las Repúblicas parlamentarias; se trata, en suma, de una “monarquía republicana”.

IV. Anatomía del poder.

Consideraciones pedagógicas aconsejan que se hable primero de la estructura de los órganos constitucionales (composición, estatuto de sus miembros, organización interna) para después entrar a ver sus cometidos, aunque sin olvidar que las funciones constitucionales no se definen en relación con los órganos. El equívoco suele surgir de la apreciación histórica de la división de poderes que parece mostrar cómo de la necesidad de separar los poderes se desprende la delimitación de las funciones estatales, con lo que a la separación de poderes parece seguirle una separación de funciones. Sin embargo, la relación es a la inversa: son los órganos los que se definen en relación con las funciones.

La división de poderes refleja el imperativo político de que las funciones estatales no las ejerza un único órgano, sino diversos dotados de autonomía y de unas facultades de interacción con los otros que los sitúa a todos en una posición de equilibrio. Las funciones estatales no nacen con el

estado de derecho, sino que son producto de la cada vez más compleja organización de las sociedades, que obliga a una distribución funcional de la actuación del poder público. Las funciones legislativa, ejecutiva y judicial existen más o menos diferenciadas en el estado absoluto y la revolución que supone el estado de derecho es la atribución de su titularidad a órganos distintos.

En un Estado como el nuestro, las funciones constitucionales no se identifican por la materia regulada, sino por la configuración que de las mismas hace la Constitución. La función legislativa viene definida por nuestra Norma Fundamental a través de un criterio formal, tomando como eje la posición que ocupan las leyes dentro del ordenamiento; lo de menos es quién es el autor de esa norma; lo mismo puede decirse de las funciones ejecutiva y reglamentaria. La función jurisdiccional sí adopta una definición predominantemente orgánica, pues es la encomendada en casi su totalidad a jueces y magistrados. La función de gobierno o de orientación política se concreta en decisiones de impulso directo o indirecto de la producción jurídica o de su ejecución. Por último, está la función de representación unificadora y declarativa que recae en la Jefatura del Estado y que reconduce a unidad las variadas funciones estatales.

La visión cinematográfica de estas funciones constitucionales no es, precisamente idílica: *Scarface o el terror del hampa* pone en solfa la función legislativa; *Justicia para todos* y *Prisionero del odio* la función judicial; *Todos los hombres del Presidente* la función de gobierno.

V. Las fuentes y el juez de la ley.

Una vez que sabemos cuáles son los órganos constitucionales y qué funciones desempeñan resta conocer el producto normativo de su actuación. De esto se ocupa el “sistema de fuentes”.

En principio se analiza la Constitución no ya como “fuente de fuentes” –la norma de la que manan las demás-, sino como “fuente entre las fuentes” –norma dotada de eficacia directa-. A continuación se abordan el resto de normas en el orden que marca la jerarquía formativa; se inicia, por tanto, el examen con las normas con rango legal: la ley, en sus formas orgánica y ordinaria; los decretos legislativos, como resultado del ejercicio por el Gobierno de una potestad legislativa delegada por las Cortes, y los decretos-leyes, como normas de urgencia creadas por el Gobierno y convalidadas por el Congreso; después se estudia el reglamento, conceptuándolo como norma fruto de una potestad directamente atribuida por la Constitución al Gobierno. Se alude también a la posición en el ordenamiento de los tratados internacionales ratificados por España y del derecho comunitario y, por último, a los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico, y entre éste y el comunitario.

Aún siendo conscientes de lo discutido de su inclusión entre las fuentes del Derecho, habría que finalizar esta parte con el análisis de la jurisprudencia, poniendo de relieve la importancia de la decisión judicial en un Estado democrático y su distinto alcance en los sistemas anglosajón y continental, subrayando también el valor de las sentencias del Tribunal Constitucional como fuente del Derecho, lo que enlaza con el estudio de la jurisdicción constitucional, en el que se debe ofrecer una visión de los sujetos capacitados para acudir a ella y del procedimiento que se ha de seguir en los distintos recursos de los que conoce el Tribunal Constitucional en su función de juez supremo de constitucionalidad de la ley (recurso y cuestión de inconstitucionalidad), de órgano encargado de resolver los conflictos de competencias entre los órganos centrales y los autonómicos (conflictos de competencia) y garante último de los derechos fundamentales (recursos de amparo), acabando con la descripción de los efectos de las sentencias y de la eficacia de su doctrina. También debe apuntarse aquí la progresiva conversión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un juez de la constitucionalidad, de la “comunitariedad”, tanto del derecho interno emanado de los Estados nacionales como del creado por las instituciones comunitarias.

El valor del precedente y, en general, el papel central de la jurisprudencia en el sistema anglosajón es un argumento recurrente en el “cine de juicios”; entre los miles de ejemplos bien vale *Anatomía de un asesinato*.

VI. Los derechos de las personas como fundamento de la ley y el orden.

Los derechos fundamentales forman el núcleo de la Constitución; como ha dicho el Tribunal Constitucional español, son “los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política” (STC 53/1985, FJ 4). Por tanto, condicionan y programan toda la estructura constitucional: en concreto, y por lo que respecta a la Constitución de 1978, la organización de España como Estado social y democrático de derecho (art. 1.1), la existencia de un parlamento representativo de todo el pueblo español, las Cortes Generales (arts 66, 68.4 y 5 y 69.2 y 5), la regulación de un Poder judicial independiente (Título VI) y garante de los derechos (53.2 y 117.4) y de un Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y órgano extraordinario de amparo (Título IX), la delimitación de la potestad reglamentaria del Gobierno (art. 97) y de su intervención en la celebración de tratados internacionales (art. 94.1), la función de la Administración (art. 103) y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado (art. 104), la limitación de la facultad legislativa del Gobierno, ya sea aprobando legislación de urgencia (86.1) o

legislación delegada (art. 82.1), las obligaciones de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2) o la de inspirar su actuación en los principios rectores de la política social y económica (Cap. III del Título I), la distribución territorial del poder (arts. 81, 139 y 149.1.1^a), la delimitación del ámbito de los estados de crisis y de la suspensión de derechos fundamentales (arts. 55 y 116), y, en fin, de las vías procedimentales del poder de reforma constitucional (art. 168) (Bastida y otros).

En la actualidad, los derechos pueden ser *derechos de libertad*, cuando el Estado pretenda construirse con arreglo a principios liberales y decida dejar al individuo determinadas esferas en las que no intervenir (intimidad, libertad de expresión, inviolabilidad del domicilio); pero además, el Estado concede a los sujetos facultades para que tomen parte en las decisiones del poder público, creando *derechos de participación política*, y también otorga a los individuos la facultad de exigir del Estado determinadas prestaciones -*derechos prestacionales*- (educación obligatoria y gratuita, sanidad pública,...).

Los derechos fundamentales tienen este carácter con independencia de quién sea su titular: puede que no todas las personas físicas sean titulares de esos derechos y puede que las personas fallecidas y las personas jurídicas, privadas e incluso públicas, sí lo sean. Otro tanto cabe afirmar sobre la eficacia de tales derechos, que no sólo es frente al poder público -eficacia vertical- (garantía de la libertad frente, por ejemplo, a las detenciones arbitrarias) sino también frente a otros particulares -eficacia horizontal- (por citar un caso, protección del honor frente a las expresiones injuriosas).

Además, en todo derecho fundamental puede diferenciarse una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva: junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público, aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento. Los derechos fundamentales en su vertiente objetiva comportan un determinado contenido normativo que debe ser realizado por los poderes públicos: respecto al contenido del derecho fundamental el mandato les impone, de un lado, el deber positivo de proteger los derechos fundamentales que puedan estar presentes en una determinada situación; de otro lado, les obliga a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda resultar contrario al citado deber positivo. De este modo, y como resultado del mandato, los poderes

públicos se erigen en garantes de los derechos fundamentales cuando en el ejercicio de sus potestades se ven implicados derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales tienen un *efecto irradiante* en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que su presencia tiene que hacerse notar a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas (civil, mercantil, penal, laboral, administrativa,...), si bien la incidencia no será la misma en todos los sectores normativos; por citar un ejemplo, el ámbito de conductas protegidas por el derecho fundamental a la libertad de expresión no alcanza la misma cobertura, aun tratándose de la misma expresión, si ésta se desenvuelve en el transcurso de un debate parlamentario o en el marco de una campaña electoral, que si es dirigida por un soldado a su superior jerárquico o si se enmarca en el seno de una relación contractual entre un empresario y un trabajador de su empresa.

Además, se produce un *efecto recíproco* entre los derechos fundamentales y las leyes que disciplinan su ejercicio o los desarrollan, generándose así un régimen de concurrencia normativa, de manera que tanto las normas que regulan una determinada libertad fundamental como las que establecen límites a su ejercicio actúan recíprocamente y, como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva propia de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí deriva la exigencia de que los límites a los derechos fundamentales tengan que ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia de tales derechos.

Si hubiese que reducir todo lo dicho a pocas palabras, bastarían las del artículo 10.1 de la Constitución española: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Los derechos de las personas son también el fundamento narrativo de un buen número de películas, tanto en lo que se refiere a la teoría general de los derechos fundamentales como al tratamiento singular de concretos derechos fundamentales; a título de muestra, en relación con la teoría general cabría citar películas tan distintas y distantes cronológicamente como *Intolerancia*, *Grita libertad*, *Arde Mississippi* o *La espalda del mundo* como ejemplos de reivindicación de los derechos de todas las personas como fundamento del orden político y la paz social; *Mar adentro*, *La letra escarlata* o *Million Dólar Baby* como películas que ponen en primer plano el valor de la dignidad; *Las normas de la casa de la sidra*, *El disputado voto del señor Cayo* y *Los lunes al sol* sobre la existencia, respectivamente, de derechos de libertad, de participación y prestacionales; *Blade Runner* sobre la cuestión de la titularidad de los derechos; *Yo confieso* y *El dilema*, la primera a propósito de la eficacia vertical y la segunda sobre la horizontal; sobre las dimensiones subjetiva y objetiva, *En el nombre del padre* y *La cuadrilla*; *El*

escándalo de Larry Flint sobre los efectos irradiante y recíproco; *Bowling for Columbine* sobre el problema de los límites a los derechos,...

La lista de películas en las que el guión pivota sobre un derecho fundamental es tan larga, al menos, como la de Schindler y su estudio bien merecería una segunda parte. ¿Continuará...?

Bibliografía citada

ALONSO GARCÍA/SARMIENTO, *La Constitución Europea. Texto, antecedentes, explicaciones*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005.

BASTIDA/VILLAVERDE/REQUEJO/PRESNO/ALÁEZ/FERNÁNDEZ SARASOLA, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

BELTRÁN DE FELIPE/GONZÁLEZ GARCIA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

MAcCORMICK, Neil, "Natural Law and the Separation of Law and Morals", *Natural Law Theory, Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

OTTO Y PARDO, Ignacio de, *Lecciones de Derecho Constitucional. Introducción*, Guiastur, Oviedo, 1980.

RIVAYA/DE CIMA, *Derecho y cine en 100 películas. Una guía básica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

SÁNCHEZ, Teresa, *Tras las huellas de Charlot. La representación de los personas sin hogar en el cine*, Fundación Rais-Obra social Caja Madrid, Madrid, 2004.

Películas citadas

Anatomía de un asesinato
Arde Mississippi
Así es la vida
Blade Runner
Bowling for Columbine
Ciudad de Dios
Colores primarios
Descubriendo a Forrester
El asunto del día
El chico
El dilema
El disputado voto del señor Cayo
El escándalo de Larry Flint
El espinazo del diablo
El hijo de la novia
El indomable Will Hunting
El inmigrante
El joven Lincoln,
El lugar del alma
El padrino

El rey pescador
El vagabundo
El voto es secreto
En el nombre del padre
Estación Central de Brasil
Fahrenheit 451
Fahrenheit 9/11
Flores de otro mundo
Fresa y chocolate
Full Monty
Grita libertad
Guantanamo
Hoy empieza todo
Intolerancia
Ladybird ladybird
Lloviendo piedras
Luces de ciudad
La batalla de Argel
La camioneta
La cuadrilla
La espalda del mundo
La frontera
La letra escarlata
La lista de Schindler
La vendedora de rosas
La vida en obras
La vida es silbar
Las normas de la casa de la sidra
Los cien pasos
Los lunes al sol
M. El vampiro de Dusserdolf
Mar adentro
Marius y Jeannette
Matar un ruiseñor
Million Dólar Baby
Minority report,
Missing
Muerte entre las flores
Negocios ocultos
Prisionero del odio
Recursos humanos
Rey y patria
Rosetta
Scarface o el terror del hampa
Senderos de gloria
Senderos en la noche
Suite Habana

Taxi para tres
Te doy mis ojos
Tiempos modernos
Todos los hombres del Presidente
Un hombre para la eternidad
Un lugar en el mundo
Una cuestión de honor
Una noche en la ópera
Vencedores o vencidos. El juicio de Nuremberg
Wilson
Yo confieso