
L'estat, la constitució i el constitucionalisme

PID_00258347

Clara Marsan Raventós
Marcel Mateu Vilaseca

Temps mínim de dedicació recomanat: 6 hores





Clara Marsan Raventós

Professora de Dret constitucional de la UOC.



Marcel Mateu Vilaseca

Professor de Dret constitucional a la UOC.

Índex

Introducció.....	5
Objectius.....	7
1. El sistema polític en una societat.....	9
2. Concepte i evolució de l'estat.....	11
2.1. El concepte d'estat	11
2.2. Els elements constitutius de l'estat	13
2.2.1. L'ordenament jurídic estatal	13
2.2.2. El poder sobirà	14
2.2.3. El poble	17
2.2.4. El territori	20
2.3. La formació i evolució de l'estat	21
3. Origen i evolució del constitucionalisme.....	23
3.1. Concepte i origen del constitucionalisme	23
3.2. Els fonaments ideològics del constitucionalisme	24
3.2.1. Filosofia individualista	24
3.2.2. Pensament contractualista	25
3.2.3. El racionalisme	26
3.2.4. La concepció de la superioritat normativa de la constitució	26
3.2.5. La filosofia liberal	27
3.3. Evolució històrica del constitucionalisme	27
3.3.1. Els orígens del constitucionalisme: Anglaterra, EUA i França	28
3.3.2. El segle XIX a Europa: recessió i represa del constitucionalisme	32
3.3.3. El segle XX: democratització i extensió del constitucionalisme	33
4. La constitució i la justícia constitucional.....	36
4.1. Concepte, contingut i funcions de la constitució	36
4.2. Elaboració i reforma de la constitució	42
4.2.1. L'elaboració de les constitucions	42
4.2.2. La reforma de les constitucions	44
4.3. Les garanties de la supremacia normativa de la constitució. Els models originaris i derivats de justícia constitucional	47
4.3.1. El sistema nord-americà o model difús de justícia constitucional	50

4.3.2.	El sistema europeu o model concentrat de justícia constitucional	51
4.3.3.	El sistema francès o model de control polític	51
4.4.	La interpretació de la constitució i de l'ordenament jurídic conforme a la constitució	54
Resum		57
Activitats		59
Exercicis d'autoavaluació		59
Solucionari		62
Glossari		63
Bibliografia		65

Introducció

Actualment utilitzem el terme estat per a referir-nos a la forma d'organització política contemporània. Però, històricament, l'estat només és una de les formes polítiques en què han viscut organitzades les societats. Totes les societats conegudes han tingut una organització política o sistema polític (una manera d'organitzar-se i resoldre els conflictes i els interessos col·lectius), però l'estat no ha existit sempre, i pot ser que desaparegui en un futur, com a mínim amb les característiques que avui el defineixen. Per posar una data –tot i que l'estat no neix de cop, sinó que és fruit d'un procés evolutiu– s'acostuma a considerar que a partir de la Pau de Westfàlia (1648) l'estat actual ja està consolidat (malgrat que no ha deixat d'evolucionar). Perquè, des que sorgiren les primeres organitzacions estatals (a l'Europa occidental, en un procés lent entre els segles XV i XVI, amb precedents des del segle XIII i XIV), l'estat ha passat per diferents etapes fins a l'estat constitucional dels nostres dies, i possiblement en vindran d'altres. L'estat constitucional, que és diferent a cada país, es basa en dues idees clau del constitucionalisme (la limitació del poder i el respecte als drets humans) i es fonamenta en un concepte modern de constitució, que l'entén com la norma jurídica suprema que crea l'organització estatal (amb una determinada estructura dels poders públics basada en el principi de divisió de poders), que és fonament de l'ordre estatal (ja que estableix un sistema de valors que fonamenten i donen sentit a les actuacions dels poders públics) i ordena la producció jurídica, establint els criteris perquè els diversos subjectes puguin produir la resta de les normes jurídiques que formen l'ordenament jurídic estatal.

Aquest mòdul didàctic té la funció de servir d'introducció a la resta de l'assignatura perquè, de fet, és una introducció a alguns dels conceptes ara esmentats, bàsics del dret constitucional. Més en concret, en aquest mòdul s'estudiaran els temes següents:

- 1) La noció de sistema polític dins del sistema social i el consentiment com a generador de legitimitat.
- 2) Els conceptes d'estat i de constitució. L'evolució històrica d'aquests dos conceptes, les diverses formulacions i problemes teòrics que els afecten, per tal de comprendre la complexitat de l'estat constitucional dels nostres dies.
- 3) L'origen i evolució del constitucionalisme com a moviment ideològic i polític que des de les revolucions liberals fins avui ha portat a l'elaboració de constitucions.

4) El concepte, contingut i funcions de la constitució, i també l'elaboració i reforma dels textos constitucionals.

5) La interpretació de la constitució i de l'ordenament jurídic d'acord amb la constitució i les garanties jurisdiccionals de la supremacia normativa de la Constitució, partint dels tres models històrics o originaris de justícia constitucional.

Objectius

En els materials didàctics d'aquest mòdul trobareu els continguts i les eines procedimentals per a assolir els objectius següents:

1. Entendre la noció de sistema polític, que es distingeix dels altres subsistemes socials perquè posseeix poder polític, el tipus de poder que, si calgués, es pot exercir de manera coercitiva.
2. Comprendre el concepte d'estat com la forma d'organització de la vida política occidental des de l'edat moderna fins als nostres dies, en què s'ha generalitzat i ha esdevingut la forma d'organització política contemporània.
3. Aproximar-nos als elements constitutius de l'estat: ordenament jurídic, poder sobirà, poble i territori.
4. Analitzar l'origen i evolució del constitucionalisme, des de les revolucions liberals fins als nostres dies.
5. Estudiar el fenomen de l'estat constitucional, la seva evolució i els seus problemes més importants, a fi i efecte de copsar les implicacions que aquest concepte presenta avui en dia.
6. Entendre el concepte i els tipus de constitució, i les seves funcions.
7. Determinar com s'elaboren i es reformen les constitucions, en què consisteix la superioritat normativa dels textos constitucionals, els mecanismes de garantia d'aquesta jerarquia suprema i molt especialment les garanties jurisdiccionals o justícia constitucional.
8. Conèixer els criteris d'interpretació de l'ordenament jurídic segons allò establert a la constitució.

1. El sistema polític en una societat

Des d'Aristòtil és tradicional considerar la persona com un «animal polític» (*zoon politikon*) que viu i es relaciona amb altres individus en la societat. Tal com remarca Isidre Molas, **el sistema polític existeix sempre en el si d'una societat i en íntima relació amb ella i no és un sistema complet, sinó una de les parts integrants del sistema social**. Segons aquest autor, la vida humana en societat està basada en una multiplicitat d'interrelacions i llaços, que, vistos globalment, poden arribar a produir una impressió bigarrada de desordre; però, per sota de la seva diversitat i aparent dispersió, en la convivència social hi ha regularitats, un ordre. I, al llarg de la història, els individus han intentat assolir un ordre social a partir de l'ordenació de la convivència, d'acord amb la voluntat d'un, de diversos o de tots. Entre els pols extrems i oposats de l'anarquisme (que proposa la superació del sistema polític estatal) i el totalitarisme (que persegueix l'absorció dels sistemes socials pel sistema polític) se situen les múltiples propostes que hi ha hagut històricament per a ordenar la relació entre el sistema polític i el sistema social global (entre l'Estat i la Societat, d'acord amb la terminologia del pensament polític clàssic).

Lectura recomanada

I. Molas (2008). *Derecho constitucional* (pàg. 17-22). Madrid: Tecnos.

Un sistema és un conjunt ordenat d'elements que estan interrelacionats i que interactuen entre si (i que té propietats que els seus elements no posseeixen). Els sistemes (o subsistemes) que integren el sistema social són construccions intel·lectuals i, per tant, segons els diferents sociòlegs (com ara Almond, Easton, Bottmore, Bunge o Parsons, entre altres) n'hi pot haver més o menys, com ara el sistema econòmic, de comunicació, cultural, juntament amb el sistema polític. Per a Isidre Molas, les finalitats del sistema polític serien tres:

- **El manteniment de l'existència i el funcionament de la societat**, malgrat la distribució desigual dels béns, *status* i rols entre els seus membres.
- **El manteniment de la pau en la resolució dels conflictes derivats de la vida en comú**, mitjançant la previsió (per a intentar evitar-los) o la seva resolució (en el cas que esclatin).
- **La no subordinació de la comunitat respecte a altres societats**.

Per a assegurar aquestes finalitats, el sistema polític ha de comptar amb un poder coercitiu (un poder de dominació, basat en l'ús de la força coercitiva) i una llibertat de moviments suficients (una autonomia relativa d'actuació respecte als altres sistemes, dels quals rep les demandes i els suports). L'exercici del poder polític no consisteix en l'ús permanent de la coerció, però qualsevol poder polític és necessàriament coercitiu, encara que només ho sigui com una possibilitat. La coerció és el que és específic del poder polític, el seu nucli es-

sencial. Per tant, **el sistema polític es distingeix dels altres subsistemes socials perquè posseeix poder polític, que és el tipus de poder que, si calgués, es podria exercir de manera coercitiva.**

Ara bé, **el poder polític no es basa només en la força, sinó també en el consentiment.** Per a Max Weber (*Economia i Societat*), sense la col·laboració dels que obeeixen (si més no d'una part important d'ells) l'exercici del poder no funciona correctament, perquè aquest és més efectiu com més forts són els llaços afectius sobre els quals es pot recolzar. No hi ha cap poder només coercitiu o només consensual. Tots els sistemes polítics es fonamenten, poc o molt, en un cert grau de consentiment, en una certa acceptació de l'autoritat. Per hàbit, per creences arrelades, o simplement perquè s'hi està d'acord, les decisions de qui té el poder acostumen a ser acceptades i les persones solen complir els mandats del poder sense que sigui sempre necessari l'ús de la força. **I l'acceptació genera legitimitat.** Per a González Casanova (*Teoría del estado y derecho constitucional*):

«Un poder és legítim quan té l'*adhesió* dels qui l'experimenten, pel fet que sorgeix de la *font* que els adherents *creuen* que és la de la qual ha de sorgir; pel fet que s'exerceix de la *forma* en què es creu que ha d'exercir-se, i pel fet que vol o s'adreça a unes *finalitats* que són les que la gent *creu* que són desitjables per a ella.»

Tanmateix, com que totes les societats són plurals i sovint arribar a un consens és molt difícil (si és que és possible), cal trobar uns mecanismes per tal que aquells qui no estan d'acord amb una decisió, l'acatin perquè n'accepten la legitimitat. I tal com subratlla Molas:

«En el sistema polític modern s'ha tendit a desplaçar el judici de legitimitat, respecte de cada decisió en concret, cap al judici sobre la legitimitat del procediment general per a prendre decisions.»

Per a aquest autor, si el poder polític es basés només únicament en la coerció ens trobaríem davant d'un règim de força sense legitimitat. Si només es basés en la legitimitat, les seves decisions podrien arribar a ser ineficaces i, per tant, no es tractaria d'un veritable poder polític. **Les decisions del poder polític, que adopten el caràcter de normes jurídiques (el Dret), tenen la pretensió de ser, al mateix temps, eficaces i vàlides; és a dir, d'unir aplicabilitat i legitimitat.** D'aquí en deriva la permanent tensió entre força i dret. I d'aquí prové la comprensió del poder polític com a coerció, com a força qualificada pel dret. I així, la prova per a determinar l'existència efectiva d'un sistema polític és que els seus mandats siguin eficaços, que produeixin efectes. I si en la poliarquia medieval europea la força s'exercia de manera dispersa, **en el sistema polític modern, en canvi, l'ús de la força s'ha concentrat en una unitat de poder, especialitzada i estructurada: l'estat.**

2. Concepte i evolució de l'estat

2.1. El concepte d'estat

L'estat és la forma d'organització de la vida política occidental des de l'edat moderna fins als nostres dies, en què s'ha generalitzat i ha esdevingut la forma d'organització política contemporània.

Com hem vist, totes les societats conegudes han tingut una organització política o un sistema polític (una manera d'organitzar-se i resoldre els conflictes i els interessos col·lectius), i l'estat només és una de les formes polítiques en què han viscut organitzades les societats. L'estat no ha existit sempre, i pot ser que desaparegui en un futur, almenys amb les característiques que avui el defineixen.

Hi ha diversos factors que apunten al trencament de la forma de l'estat westfalià que estudiem. D'una banda, tenim els processos d'integració regionals com ara el de la Unió Europea, per mitjà dels quals els estats cedeixen sobirania. D'altra banda, són nombrosos els casos d'organitzacions infraestats que reivindiquen sobirania o autonomia per a erigir-se en organitzacions polítiques autònomes. Finalment, no cal oblidar la creixent vulnerabilitat dels estats en relació amb organitzacions privades com ara grans empreses tecnològiques o altres multinacionals, perquè poden, amb una relativa facilitat, coaccionar estats petits i mitjans perquè prenguin mesures polítiques i legislatives favorables als seus interessos particulars.

Tant en el llenguatge no tècnic com en el jurídic, **acostumem a fer servir el terme estat per a referir-nos a tres realitats diferents**, encara que directament relacionades.

En primer lloc, considerem que l'estat és un **grup social jurídicament organitzat, format per una comunitat estable de persones, assentada en un territori i dotada d'un poder sobirà que reivindica amb èxit un doble monopoli, el de la coacció física legítima i del reconeixement del Dret**.

Exemple

Fem servir aquest concepte ampli d'estat quan afirmem, per exemple, que un estat determinat està amb guerra amb un altre o quan sostenim que l'estat del Txad té un dels índexs de desenvolupament humà més baixos del món.

En segon lloc, **també fem servir la paraula estat en un sentit més restringit, per a referir-nos únicament al poder sobirà, al conjunt d'òrgans (Govern, Parlament, Tribunals de Justícia, etc.) que constitueixen l'aparell de govern al qual està subjecte aquest grup social**.

Exemple



Per a l'alemany Max Weber (1856-1920) l'estat és «l'obra predilecta del Renaixement».

Així, emprem aquest sentit més restringit d'estat quan afirmem que l'Estat alemany grava els seus ciutadans amb uns impostos elevats o quan diem que l'Estat espanyol cada vegada intervé més en la planificació de l'economia.

Quan fem servir aquest concepte restringit d'estat posem de manifest que l'aparell de govern i la societat estatalment organitzada no constitueixen una realitat unitària i en harmonia perfecta, sinó que entre elles hi pot haver tensions i conflictes.

En tercer lloc, als estats amb un sistema d'organització territorial amb autonomia política (com l'Estat espanyol o l'italià) **podem utilitzar el terme estat en un sentit encara més restrictiu per a referir-nos només a una part de l'aparell de govern: els òrgans generals, els que exerceixen les seves competències per a tot el territori de l'estat, per contraposició als òrgans autonòmics, regionals o locals (que tenen un àmbit territorial més restringit).**

Exemple

En aquest sentit, podem afirmar que la constitució espanyola reserva a l'estat la competència exclusiva en matèria de defensa i forces armades, matèries sobre les quals els estats d'autonomia no poden assumir cap competència per a les comunitats autònomes.

Segons destaca Carles Viver Pi-Sunyer, en aquesta primera accepció més àmplia del terme, **l'estat es diferencia d'altres organitzacions o grups socials jurídicament organitzats pel seu caràcter polític i obligatori, i per uns elements específics, constitutius, sense els quals no podria existir.** Per a Viver, **l'estat és una organització política en el sentit que, a diferència de la imensa majoria dels grups socials, persegueix unes finalitats generals i indeterminades.** Els altres grups posseeixen unes finalitats concretes i determinades (culturals, esportives...) que permeten qualificar la «naturalesa» del grup (com a organització cultural, esportiva, etc.). L'estat, en canvi, més enllà de les finalitats pròpies que hem vist que tenia qualsevol sistema polític (el manteniment de l'existència i el funcionament de la societat, el manteniment de la pau en la resolució dels conflictes derivats de la vida en comú i la no subordinació de la comunitat respecte a altres societats), **vol dur a terme una tasca genèrica: organitzar la vida social en els àmbits, en la forma i amb els mitjans que la correlació de forces socials determini a cada moment històric.** L'estat no té unes finalitats concretes i predeterminades. Això ho demostra el fet que en el transcurs del temps les seves funcions han anat variant, sense modificar-ne la naturalesa. Només cal veure el canvi experimentat sobre l'estat «abstencionista» del segle XIX (que es limitava a assegurar l'ordre públic, a administrar justícia, a la defensa nacional i al manteniment de les relacions exteriors) i l'estat «intervencionista» del segle XX (que, a més de dur a terme les funcions anteriors, intervé en la major part de la vida econòmica i social, actua com a planificador de l'economia, com a empresari, com a prestador de serveis públics, etc.).

Com a segona característica diferencial, **l'estat és una organització obligatòria.** A diferència de la majoria de grups socials, el fet de **pertànyer a un estat no depèn exclusivament de la voluntat dels associats.** Els ciutadans pertanyen

Lectura recomanada

Carles Viver Pi-Sunyer (1992). *Ordenament constitucional. Constitució* (pàg. 4-15). Barcelona: Vicens Vives.

a l'estat i estan subjectes al seu poder de govern independentment de la seva voluntat. Cap ciutadà no pot decidir unilateralment que, per exemple, les lleis estatals no l'obliguen. I, per deixar de pertànyer a un estat, han de complir-se una sèrie de requisits establerts a les normes dictades per l'aparell estatal.

Ara bé, l'estat no es diferencia dels altres grups socials només pel seu caràcter obligatori i polític (per tenir unes finalitats generals i indeterminades), sinó també per **les característiques dels elements que calen per a la seva existència**, que alhora **diferencien l'estat d'altres sistemes polítics que l'han precedit**.

2.2. Els elements constitutius de l'estat

Partint de la noció d'estat que hem apuntat (com a grup social jurídicament organitzat, format per una comunitat estable de persones, assentada en un territori i dotada d'un poder sobirà que reivindica amb èxit un doble monopoli, el de la coacció física legítima i del reconeixement del dret), podem afirmar que **l'estat es caracteritza per exercir un tipus de poder que anomenem polític, que gaudeix de l'atribut de la sobirania, i que es canalitza de manera significativa mitjançant el dret, sobre un poble i un territori determinats**. D'aquesta aproximació conceptual, se'n poden extreure els anomenats «**elements constitutius**» de l'estat, els elements necessaris per a l'existència de l'estat: **l'ordenament jurídic, el poder sobirà, el poble i el territori**. Tanmateix, sempre que hi ha hagut una forma política hi ha hagut poder (és a dir, dominació d'unes persones sobre unes altres) i, en conseqüència, s'ha d'haver produït aquest fenomen mitjançant unes normes i dins d'una determinada població que habitava un territori. Aquests quatre factors (normes, poder, població i territori) són elements constitutius de la definició de totes les formes polítiques històricament conegudes. **Allò que diferencia l'estat d'altres formes d'organització política anteriors són les característiques específiques que veurem que adopten aquests quatre elements en el cas de l'estat**: la igualtat en un mateix territori, la concentració en l'aparell de l'estat de la coacció legítima, la despersonalització del poder, el seu caràcter sobirà o el monopoli del reconeixement del dret en el territori, entre altres.

2.2.1. L'ordenament jurídic estatal

Per tal que hi hagi un estat hi ha d'haver un conjunt ordenat i sistemàtic de normes jurídiques que s'anomena ordenament jurídic estatal, que constitueix, regula i alhora expressa l'estat. En paraules de Viver Pi-Sunyer:

«L'ordenament jurídic estatal constitueix l'estat perquè delimita els altres elements constitutius: determina el territori sobre el qual s'exerceix el poder estatal, precisa el grup humà (poble) que està subjecte a aquest poder i estableix l'aparell de govern al qual dota d'un poder públic sobirà.»

Diem que regula l'estat perquè sotmet a reglamentació, d'una banda, tot allò que considera necessari en relació amb els particulars i les seves relacions privades (familiars, patrimonials, mercantils...) i, d'altra banda, també regula els aspectes fonamentals que fan referència als òrgans o institucions de l'estat i les relacions entre l'aparell estatal i els ciutadans (normes penals, tributàries, etc.). Finalment, es pot afirmar que l'ordenament jurídic no només constitueix i regula l'estat, sinó que també l'expressa, en el sentit que «l'estat generalment actua per mitjà del dret, expressa les seves decisions per mitjà de normes jurídiques» (C. Viver).

Dins del territori estatal, totes les organitzacions (associacions, esglésies, partits, sindicats, etc.) tenen les seves pròpies normes (el seu propi ordenament), però **l'ordenament estatal es diferencia dels altres pel seu caràcter originari i sobirà**. És originari perquè no deriva de cap altre, no extreu la validesa de cap altre, i és sobirà perquè dins del territori estatal l'ordenament de l'estat és el suprem, està per sobre de tots els altres i, per tant, qualsevol norma que contradigui allò establert per l'ordenament estatal serà considerada il·legal.

2.2.2. El poder sobirà

El poder de l'estat no és un poder qualsevol sobre les persones. A la societat es poden donar molts tipus de poder segons les diverses relacions socials (com ara poders econòmics, de pressió, de grups o de col·lectius com les famílies). Ara bé, **allò que caracteritza el poder de l'estat és la seva supremacia i el seu caràcter obligatori, perquè es vol imposar per damunt de qualsevol altre poder social, si cal mitjançant la coacció**. Per això és un poder que s'aplica sobre tot el conjunt d'individus d'una societat. Així doncs, allò específic de la forma històrica «estat» és l'organització del poder polític mitjançant el monopoli de la potestat d'«imperium» o domini sobre tots els membres de la comunitat. L'estat és el poder polític unificat i institucionalitzat, que té capacitat exclusiva i exclouent per a generar coerció, per a fer la llei i imposar-la, atribuint deures i obligacions sense necessitat del consentiment individual. Per tant, **el poder públic és el poder de què disposa l'aparell de govern estatal per a dirigir el grup social i mantenir l'ordre intern, i que fonamentalment consisteix en la capacitat d'imposar unilateralment deures als ciutadans i en la potestat consegüent de recórrer a l'ús de la força per a aconseguir el compliment d'aquests deures**.

Aquest monopoli estatal de l'ús legal de la força té com a conseqüència la prohibició als particulars de fer-ne ús; quan una persona vol fer valer un dret enfront d'una altra no pot fer servir la força directament (llevat dels casos excepcionals de la legítima defensa o l'estat de necessitat), sinó que ha de recórrer als òrgans estatals competents (com ara els tribunals de justícia o la policia) per tal que declarin si la seva pretensió és ajustada a dret i, en cas afirmatiu, la

facin valer i usin la força si cal. **L'estat nega l'ús lliure de la resistència o de la força als particulars i estableix que només poden exercir-la els agents del poder públic** o les persones que l'estat autoritzi.

L'estat exerceix el poder polític de què disposa mitjançant potestats o poders (legislatiu, executiu i judicial). Com que l'estat no és una persona física no pot exercir «personalment» aquestes funcions o potestats i **necessita uns instruments capaços de formar i expressar la voluntat estatal**. Aquests instruments són els òrgans de l'estat, que tenen atribucions o competències per a exercir sobre determinades matèries part del poder coercitiu de l'estat, d'acord amb uns procediments previstos i normalment mitjançant actes jurídics. Perquè cal tenir present que, **a més de l'exercici de la funció legislativa, executiva i jurisdiccional, l'activitat estatal també inclou una activitat de direcció política** (assenyalar objectius, prioritzar-los i decidir dedicar-hi uns mitjans per a aconseguir-los), que no es manifesta directament per mitjà d'actes jurídics, encara que alguns dels seus aspectes estiguin regulats jurídicament i finalment es tradueixin en normes o actes administratius.

L'exercici del poder públic o estatal queda reservat a una pluralitat d'institucions o òrgans de l'estat, els titulars dels quals són persones físiques que, en tant que **realitzen una funció pública**, se'ls assigna uns règims especials d'actuació. Aquests òrgans poden ser unipersonals (formats per una sola persona física, com un jutge o el cap de l'estat) o pluripersonals (formats per més d'una persona, com, per exemple, el Govern, el Parlament o un tribunal).

Per a assegurar la igualtat, cadascun dels òrgans de l'estat (que s'estudien en detall a l'assignatura Dret Constitucional) i molt especialment **l'Administració pública**, ha de ser una instància objectiva, despersonalitzada, que es relacioni «per igual» amb tots els individus, que així resultaran equiparats, tots, en la categoria de ciutadans. A diferència del que succeïa a l'edat mitjana (amb pactes personals entre senyors feudals i diferents relacions de vassallatge) i a les monarquies estamentals (diferents privilegis que es podien pactar amb compensacions a canvi), l'estat s'acabarà caracteritzant (sobretot quan esdevingui un estat de dret) per tenir uns òrgans despersonalitzats, un poder impersonal o institucionalitzat que es relaciona per igual amb tots els ciutadans. L'estat, i més clarament l'estat de dret, no és el govern de persones, sinó el govern de la llei per mitjà de l'Administració.

Finalment, **també caracteritza el poder estatal el fet que és dotat de l'atribut de la sobirania**. Jean Bodin, ja al segle XVI, va afirmar que «sobirà és el poder suprem no sotmès a les lleis», que ens diu si fa o no fa que qui és sobirà fa la llei, és la font del dret, és la **justificació darrere del poder polític** establert, i no ha de demanar permís a ningú per a imposar les seves decisions.

Els estats comencen a sorgir amb el Renaixement, que és el període en què les monarquies aconseguixen culminar un doble procés: d'independència pel que fa als emperadors i el papat (independència exterior) i alhora consolidació i reafirmació del seu poder unificador sobre els senyors feudals, que fins aquell moment havien estat pràcticament sobirans als seus feus (supremacia interna). Des de llavors, més que el concepte de sobirania, el que **ha anat evolucionant al llarg de la història és el qui es considera titular o dipositari d'aquesta sobirania**, que actua com a font de legitimació del poder polític existent: primer el monarca (en la monarquia absoluta el rei era el sobirà), després el rei amb el parlament (en les denominades monarquies constitucionals, liberals però no democràtiques, la sobirania és compartida entre el rei i el parlament), més tard la nació (representada per unes elits que malgrat ser una minoria de la població s'autoatribueixen la sobirania nacional) i, finalment, el poble (sobirania popular). Així, en paraules d'Isidre Molas, l'estat liberal es va construir sobre el desig d'acabar amb la sobirania autocràtica (dels reis o dels dictadors) per atribuir-la a la nació (la voluntat de la qual era dictada de fet per l'oligarquia econòmica i cultural), i l'estat democràtic es va construir a partir de la idea que només el poble en el seu conjunt expressava la voluntat de la nació i que la sobirania oligàrquica, per il·lustrada que fos, era tan abominable com la sobirania monàrquica. Però, tant els liberals com els demòcrates van posar la sobirania com a element central de referència, exercida pel Parlament (com a la Gran Bretanya) o mitjançant l'aprovació d'una constitució (un acte de constitució de la comunitat pel qual s'organitzaven el poder de l'estat). Avui, **des d'un punt de vista democràtic, només el poble pot ser el titular originari de la sobirania**, entesa com a poder il·limitat de creació i justificació de l'estat, encara que es pugui entendre que s'exerceix en un procés constituent o mitjançant un parlament com el britànic que pot anar fent lleis que n'actualitzin l'ordenament constitucional (i llavors es vincula sempre al present i no al passat).

El concepte de sobirania té una doble accepció, segons si ens fixem en la seva expressió cap a l'exterior o cap a l'interior. **En la dimensió o sentit extern la sobirania significa que el poder estatal no està jurídicament subordinat a cap altra comunitat política i, per tant, es pot entendre com a sinònim d'independència (jurídica)** en l'àmbit internacional. Tanmateix, la capacitat real d'exercir aquesta sobirania (que, teòricament, és un poder absolut i està per sobre de tot) ha esdevingut bastant relativa, especialment als estats petits i mitjans, no només perquè som en un món cada vegada més globalitzat i interdependent, sinó especialment per la dominació de fet (econòmica, tecnològica, comunicativa i cultural) d'uns pocs (grans potències estatals o poders no estatals) sobre la resta. **En la dimensió «interna», sobirania es pot enten-**



Jean Bodin (1529-1596) és conegut per la seva formulació d'un concepte modern de sobirania, recollit a la seva obra *Els sis llibres de la República* (1576).

dre com a poder jurídicament suprem sobre tots els altres poders que existeixin a l'interior de les seves fronteres i, per tant, jurídicament suprem també sobre els ciutadans, en el sentit que abans hem comentat que és un poder que es considera **amb la capacitat d'imposar unilateralment deures a tots els ciutadans i amb la potestat exclusiva i excloent de recórrer a l'ús de la força per a aconseguir el compliment d'aquests deures**.

En síntesi, el segon element necessari per tal que hi hagi un estat és que tingui un poder sobirà, que vol dir que dins del territori estatal no hi ha cap poder, ni interior ni exterior, que pugui imposar contra la voluntat de l'estat cap deure ni cap obligació que vinculi jurídicament els ciutadans.

2.2.3. El poble

El tercer element indispensable perquè hi hagi un estat són les persones, perquè l'estat és una forma organitzativa del sistema polític d'una societat humana. **El poble** (*demos*, en grec) **està format per tots els ciutadans, és a dir, per tots aquells que tenen un vincle jurídic amb l'estat anomenat *nacionalitat* o *ciutadania***. Per tant, **no s'ha de confondre el poble amb la població** (que és un concepte que inclou un conjunt més ampli de persones), **perquè dins del territori d'un estat poden residir persones que no siguin ciutadans** d'aquella comunitat política constituïda (els estrangers i els apàtrides), i perquè una part d'aquest poble pot residir en altres estats.

L'estat exerceix la seva sobirania sobre totes les persones que són al seu territori, però el règim jurídic és divers segons si aquestes persones tenen o no la condició de ciutadà: només els ciutadans tenen tots els drets i deures; els estrangers poden veure com alguns drets els són restringits, especialment els de més contingut polític, com el dret de sufragi o l'accés a alguns càrrecs públics.

Aquest concepte de poble, delimitat jurídicament, sovint s'usa com a sinònim de nació, com a comunitat política jurídicament organitzada en un estat. Però, a més d'aquest concepte jurídic de nació, **hi ha com a mínim dues altres grans concepcions de nació, segons si s'adopta una perspectiva social objectiva o una perspectiva política subjectiva**.

La concepció objectiva entén la nació com una comunitat de persones que comparteixen unes característiques específiques que la fan diferent de les altres comunitats, com a ara una llengua, una cultura (en un sentit ampli que inclou folklore, tradicions, festes, gastronomia, etc.), la història, l'ètnia, la religió, el dret o l'estructura econòmica, entre altres. No totes les nacions han de tenir trets específics en tots aquests camps, ni totes aquestes característiques tenen la mateixa importància a l'hora de singularitzar una nació concreta. I alguns d'aquests elements comuns, que són factors d'agregació, poden anar canviant amb el temps, tot i que als inicis d'aquesta conceptualització, que és d'arrel principalment germànica, es concebia la nació com un fet «natural» i

qualcom indisponible per a les persones. Aquestes nacions així definides sovint s'anomenen *nacions naturals*, *socials* o *nacionalitats* (per remarcar que són comunitats amb identitat nacional, però sense estat propi). En aquest sentit, la comunitat de persones que formen la ciutadania d'un estat pot ser uninacional o plurinacional, encara que l'estat en qüestió no en reconegui jurídicament o fins i tot en negui el caràcter plurinacional. I si hi ha estats formats per diverses nacions, també hi ha casos en què la població d'una nació natural o social està repartida entre diferents estats, com, per exemple, la nació kurda o l'alemanya, que, en l'època contemporània, no ha coincidit mai amb la nació política (tingueu present l'existència d'Àustria i que la llengua alemanya és parlada per una gran part de la població de Suïssa, al Luxemburg, Liechtenstein, Txèquia i encara a altres estats veïns d'Alemanya). En una nació social o nacionalitat pot sorgir un sentiment d'identitat col·lectiva singular, de consciència de formar una comunitat amb unes característiques objectives compartides, i aparèixer també una voluntat d'autogovernar-se, que al límit la pot portar a voler constituir-se en un estat.

Enfront d'aquesta concepció que remarca l'element objectiu, hi ha una altra concepció que posa en primer pla l'element subjectiu, la voluntat d'un conjunt de persones de convertir-se en comunitat política, de tal manera que encara que no tinguessin els trets característics de nacionalitat o nació «natural», si hi hagués voluntat comunitària, políticament hi hauria una nació. Per a aquesta concepció política-subjectiva, la nació seria un grup humà constituït per persones de característiques socials nacionals diferents o per una o més d'una nació natural, els membres de les quals comparteixen majoritàriament la voluntat de formar una comunitat política diferenciada, i concreten aquesta voluntat d'autogovern en un estat independent, un estat federat o algun altre tipus d'entitat política autònoma dins d'un estat unitari o compost. Seria el cas, per exemple, de Suïssa, Bèlgica, els Estats Units o el Canadà, en què la pluralitat nacional es manté en el si d'una comunitat política, amb més o menys discussió i amb diferents formes d'organitzar el seu pluralisme.

Però, independentment de la concepció sobre la nació de què es parteixi, es pot coincidir en la constatació que **la major part dels estats actuals s'han construït i han definit les seves fronteres sobre la base de guerres, pactes matrimonials entre monarquies o per reparticions arbitràries sobre un mapa, independentment de la voluntat de la població que habitava en aquell territori.**

Si el disseny i repartiment dels estats sorgits de la descolonització que feren les potències colonitzadores hagués intentat que les fronteres fossin més fidels amb les realitats nacionals, l'existència de societats precoloniales organitzades amb les seves normes i costums, amb la cohesió de pobles per motius ètnics, culturals o religiosos (entre altres), segurament l'altíssim nivell de conflictes i tensions ètniques que sovint han desembocat en guerres sagnants i grans crisis humanitàries, hauria pogut reduir-se de manera significativa.

I, a partir d'aquesta constatació històrica, massa sovint s'ha considerat l'estat com una realitat que preexisteix lògicament al poble (l'estat posseeix un territori i el poble està format per les persones que hi viuen). Però, si revertim aquesta lògica i formulem la relació d'una manera més conforme amb el principi democràtic, podem afirmar que és el poble qui posseeix un estat (i no l'estat qui posseeix un poble) i, per tant, l'estat és, o hauria de ser, l'organització política de les persones assentades en un territori que es constitueixen en comunitat política, que es deriva (o s'hauria de derivar) de la voluntat dels seus integrants. Tanmateix, l'aparell estatal sovint ha estat dominat per una de les nacions socials que integren l'estat (generalment, la que tenia una població més nombrosa) i gràcies al control de l'aparell de govern aquesta nació s'ha fet hegemònica, afavorint els seus trets nacionals o reprimint les principals característiques de les altres nacions, aplicant per exemple polítiques d'absorció lingüístiques i culturals envers els al·lòfons (els que parlen una llengua diferent). Així, sovint en un llarg procés històric, l'aparell estatal, controlat per una de les nacions que convivia en un mateix territori, ha intentat uniformitzar la seva societat per tal d'arribar a crear una nacionalitat homogènia, en què s'establís finalment una identificació entre nació social i comunitat política estatal-nacional. L'estat hauria creat la nació, per tal d'esdevenir un estat-nació. En alguns estats aquest procés hauria tingut força èxit (per exemple a l'Estat francès) i en altres no s'hauria acabat de completar (per exemple a l'Estat espanyol).

Simultàniament a aquests processos, al llarg dels segles XIX i XX algunes nacionalitats europees (com ara els estats bàltics d'Estònia, Letònia i Lituània al final del segle XX) van pugnar per convertir-se en nacions en sentit polític i formar estats propis, d'acord inicialment amb el principi de les nacionalitats, que després es regularà com a dret a l'autodeterminació nacional.

Al segle XXI aquest és un procés que continua obert i crea un intens debat entre juristes i politòlegs. D'una banda tenim el dret a l'autodeterminació dels pobles, recollit a l'art. 1.2 de la Carta de l'Organització de les Nacions Unides (ONU), que tots els estats que en formen part han acceptat i han de respectar, i l'article 1.1 del Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics (1976), que atorga a tots els pobles el dret a l'autodeterminació per tal que aquests puguin determinar lliurement el seu estatut polític. Encara no s'ha definit de manera exacta i definitiva què cal entendre per poble o nació a efectes de qui té aquest dret a l'autodeterminació dels pobles, però fins ara s'ha reconegut principalment a les colònies, però no exclusivament, com, per exemple, en el cas de Kosovo, en què en una important resolució, la Cort Internacional de Justícia va reconèixer que la seva independència era vàlida a partir del principi d'autodeterminació proclamat a la Carta de l'ONU i que la seva declaració unilateral d'independència no violava cap norma jurídica internacional. Des de llavors, el debat sobre l'aplicació del dret a l'autodeterminació roman obert, dins el qual hi ha posicionaments clarament oposats entre els diferents estats membres de l'ONU.

Tots aquests processos posen de manifest que avui dia la identitat nacional és (o continua essent) un dels factors que tenen una força política més gran, en la mesura que és capaç de generar vincles d'una intensa solidaritat, que sovint s'imposen als religiosos, ideològics o de classe.

Però, independentment de si l'estat és o no plurinacional, i de quina forma n'organitzi el pluralisme, **allò que caracteritza el poble com a element constitutiu de l'estat és aquest vincle jurídic de la nacionalitat, que iguala tots els ciutadans en un mateix territori en una igualtat bàsica de drets i deures.** Una igualtat bàsica perquè als estats compostos (federals o amb autonomia política) hi pot haver algunes diferències en matèria de drets i deures.

2.2.4. El territori

Per a poder parlar d'estat cal un quart i darrer element. Cal que l'ordenament jurídic estableixi l'àmbit espacial en el qual exercirà el poder estatal i exclogui la intervenció de qualsevol altre poder sobirà. Per tant, **el territori és l'àmbit espacial de competències de l'estat** o, en paraules de Kelsen, «l'àmbit de vigència d'un ordre jurídic» on exerceix la seva sobirania. Això no impedeix que un estat (o un grup d'estats) pugui cedir –en una decisió sobirana– l'exercici d'algunes competències estatals a alguna altra entitat, com per exemple la Unió Europea.

En alguns casos el territori estatal està fixat en la constitució, però en altres casos no és així. El territori espanyol, per exemple, actualment no està establert en la Constitució del 1978, sinó que està delimitat en els tractats internacionals i ha variat molt respecte del que establia la Constitució del 1812, que especificava els territoris dins de la península ibèrica, els que estaven a l'Amèrica septentrional, l'Amèrica meridional i a l'Àsia, perquè partia de la idea que la nació espanyola «era la reunió de tots els espanyols d'ambdós hemisferis» (art. 1).

El concepte jurídic de territori és més ampli que el concepte físic, en el sentit que, a banda de la **terra ferma** i eventuais illes (en el cas espanyol el territori peninsular, les illes Balears i les Canàries, altres illots petits, i les ciutats de Ceuta i Melilla), comprèn el **mar territorial** (la zona adjacent a la costa fins a 12 milles) i la columna d'aigua fins al subsòl marí, i també l'**espai aeri** sobre la terra ferma i el mar territorial.

No es poden considerar parts del territori «la plataforma continental» (el subsòl situat fora del mar territorial fins una profunditat de 200 metres) o la zona econòmica sobre les quals els estats tenen normalment drets d'explotació de recursos naturals i de pesca (la columna d'aigua de 200 milles de distància del límit del mar territorial). D'altra banda, les ambaixades en estats estrangers i els vaixells i avions quan estan en aigües o en espai aeri internacional no es poden considerar tècnicament part del territori de l'estat, però hi té vigència l'ordenament jurídic d'aquest estat, i se'ls apliquen els principis d'immunitat i d'extraterritorialitat.



L'austriac Hans Kelsen (1881-1973) és un dels juristes més importants del segle xx.

2.3. La formació i evolució de l'estat

Com s'ha apuntat, el poder polític establert a una societat no sempre ha adoptat la forma estatal. Les ciutats gregues, l'Imperi Romà o el feudalisme medieval són considerades formes polítiques preestatals.

La forma política que anomenem estat sorgeix entre els segles XV i XVI a l'Europa occidental, a partir de la desintegració del sistema polític feudal (la poliarquia medieval) i la formació de les primeres monarquies absolutes.

En efecte, el món feudal estava format per una multitud dispersa i autònoma de petites o mitjanes organitzacions polítiques. Els vincles del vassallatge entre els senyors configuraven un sistema de fidelitats mitjançant el qual es donava protecció a tot aquell qui era sotmès a la respectiva jurisdicció. El dret estava format per privilegis o concessions que els senyors donaven als vassalls. Tota l'estructura política culminava en un rei o príncep que era un *primus inter pares* (el primer entre iguals) respecte de la resta. L'església romana exercia un gran poder unificador, ideològicament, políticament i jurídicament, atesa la seva autoritat sobre els senyors i prínceps.

Els eclesiàstics que es dedicaren a l'estudi del dret feren una important tasca en la preparació de les bases de l'estat i el sistema representatiu. Atès que l'autoritat la tenia Déu, però «a la terra» l'exercia el papa calia trobar fórmules que justificuessin com el poder traspassava del primer al segon i com el segon podia ser un poder absolut i irrepreensible si, en el fons, es tractava d'un humà que es podia equivocar. Dels eclesiàstics medievals, doncs, sorgí la idea que el papa quan era reunit en Concili era quan veritablement exercia poder, fet que proporcionà els fonaments per a la representació parlamentària actual.

A la baixa edat mitjana, a partir del segle XII, es donen una sèrie de canvis que seran determinants per al posterior desenvolupament de l'estat. Augmenta el comerç i l'economia monetària, al compàs del sorgiment de les ciutats, on viuen artesans i comerciants o burgesos. Paral·lelament, els reis incrementen la jerarquia respecte els senyors feudals i entorn seu es comença a crear un nou dret que és concebut com alliberador dels vincles feudals i territorials.

Al segle XV, a l'inici de l'edat moderna¹, es desenvolupen els primers estats moderns com a estructures de govern centralitzades a redós d'un monarca. Es desenvolupa un món urbà més centrat entorn la burgesia i el comerç. Hi haurà un procés de secularització que comportarà que la religió es legitimarà per si mateixa i que l'estat com a organització no estigui subordinat a l'Església. L'estat absolut serà la primera forma d'estructura estatal. Li diem absolut perquè persegueix la concentració de tot el poder polític, passant de la poliarquia medieval a la monarquia del món modern. El rei és una institució emergent, que trenca els antics vincles feudals (les relacions de vassallatge) i es comença a relacionar directament amb els seus súbdits. El rei serà així el titular de la sobirania, i entorn del seu poder s'edificarà l'estat. Aquest poder

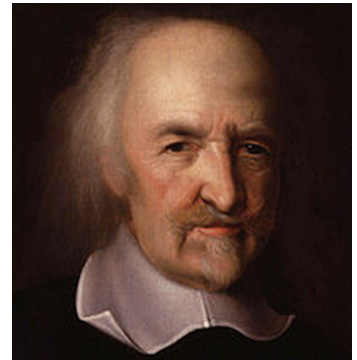
⁽¹⁾El món de l'edat moderna està marcat per l'invent de la impremta el 1453 o el descobriment d'Amèrica el 1492. Posteriorment, al segle XVI, la revolució copernicana posa l'home i no Déu com a centre de l'univers, i permet el desenvolupament de l'humanisme (Erasmus de Rotterdam).

no necessita la religió, sinó que, com va teoritzar **Maquiavel** (1469-1527), es justifica per si mateix, té les seves pròpies regles de funcionament i es **valora l'èxit en la capacitat d'accedir i mantenir-se en el poder**.



Maquiavel, el florentí Niccolò di Bernardo dei Machiavelli, autor d'*El Príncep* (1513), va ser diplomàtic, funcionari públic, filòsof polític i escriptor.

L'estat necessita un *Príncep* que imposi un ordre, que sàpiga fer servir la força, però també cercar el consentiment dels súbdits. Una mica més tard el francès **Jean Bodin** (1529-1596), en definir la sobirania, va posar de manifest el caràcter hegemònic del poder estatal, com a poder comú a les diverses famílies o sectors socials. Per la seva banda, l'anglès **Hobbes** posarà de manifest el caràcter irresistible del poder estatal, la seva capacitat d'*imperium* per tal de generar un ordre per la convivència. Aquest autor, en el context de les revolucions del segle XVII per tal d'establir un nou ordre a Anglaterra, defensa al seu *Leviatan* (1651) la creació d'un estat fort per tal de superar la guerra civil, a partir d'un contracte de submissió dels súbdits.



Thomas Hobbes (1588-1679). El seu llibre *Leviatan* és considerat el primer tractat modern de filosofia política.

Aquesta primera formulació de l'estat com a estat absolut es fa realitat històricament en allò que s'ha anomenat *estat-nació* –Anglaterra, França, per exemple–, on les lleis van tenint progressivament un caràcter més territorial que personal, tot creant-se al mateix temps un àmbit de comerç cada vegada més lliure dins de les seves fronteres.

A partir del segle XVII les concepcions contractualistes i jusnaturalistes, entre altres que estudiarem a l'apartat següent, van posar les bases del constitucionalisme. Les revolucions liberals o burgeses van portar com a conseqüència l'establiment d'un estat liberal, limitat, caracteritzat per l'existència d'una constitució (fruit d'un poder constituent), per un reforçament del parlament com a òrgan que frenarà el poder del rei, per la separació i control dels poders estatals, i per la garantia dels drets i llibertats dels ciutadans. Aquesta és l'aposta del constitucionalisme de la tradició liberal democràtica, que començem a continuació.

3. Origen i evolució del constitucionalisme

Començarem pel concepte i origen del constitucionalisme, i n'exposarem després els fonaments ideològics i l'evolució històrica (les revolucions liberals d'Anglaterra, els Estats Units d'Amèrica i França, el segle XIX a Europa i la democratització i l'extensió del constitucionalisme al segle XX). Partim de la idea que per comprendre millor el que és una constitució i el dret constitucional és convenient disposar d'uns fonaments mínims del procés que coneixem com a constitucionalisme, perquè el concepte actual de constitució és hereu d'aquell procés i resultat d'un període històric concret. En aquest sentit, Francisco Tomás y Valiente (1996) afirmà que:

«No hi ha dogmàtica sense història. O no n'hi hauria d'haver, perquè els conceptes i les institucions no naixen en un buit pur i intemporal, sinó en lloc i dates conegudes i com a conseqüència de processos històrics dels que arrossegueu potser una càrrega invisible, però condicionant.»

3.1. Concepte i origen del constitucionalisme

El constitucionalisme és un **moviment ideològic, polític i jurídic que propugna una forma d'organització política basada en la limitació del poder arbitrari** –i, per això, s'oposà en els seus orígens a l'absolutisme i es vinculà amb el liberalisme– **per tal d'aconseguir la garantia de la llibertat i els drets individuals**. La llibertat i la igualtat apareixen com uns grans valors que cal desenvolupar mitjançant l'aprovació de constitucions. Per tal d'entendre el constitucionalisme i les idees de fons que defensa és determinant recordar el famós article XVI de la *Declaració de drets de l'home i del ciutadà* (1789), aprovada durant la revolució francesa: «Tota societat en què no està assegurada la garantia dels drets ni determinada la separació dels poders, no té Constitució.»

Els dos grans instruments per a portar terme la limitació del poder i la garantia de la llibertat individual seran el principi de la separació de poders i el reconeixement d'uns drets i llibertats als ciutadans.

L'estat constitucional neix com a estat liberal, i **el dret és la tècnica mitjançant la qual es vol aconseguir la limitació i control del poder arbitrari del monarca**. Per al primer constitucionalisme només hi ha estat constitucional quan respon als principis liberals (limitació i separació dels poders, garantia de la llibertat individual enfront de la intervenció estatal, i altres que també seran determinants, com ara el govern representatiu i la sobirania nacional, en especial a França). El constitucionalisme es desenvolupa en una teoria, però també en una pràctica consistent en l'ordenació racional de la comunitat política mitjançant l'aprovació de constitucions, que generalment són textos escrits amb pretensions d'estabilitat que expressen les condicions per a exercir el poder polític. Tot i que no sempre un estat constitucional té una constitu-

Lectura recomanada

F. Tomás y Valiente (1996). «Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales». A: *Constitución: Escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons.



Portada de la *Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà* (1789).

ció totalment escrita (com és el cas del Regne Unit), i tenint en compte que les primeres constitucions foren un conjunt de textos fonamentals i no un sol text, podem definir l'estat constitucional com aquell en què la constitució conté les normes fonamentals, constitutives, dels poders de l'estat i de llur organització, per tal que es garanteixi la llibertat i els drets individuals.

El constitucionalisme és un moviment garantista, atès que mitjançant tècniques i instruments jurídics, inicialment, vol fer possible la limitació del poder del monarca per així traslladar part d'aquest poder als ciutadans (burguesia il·lustrada) i poder assegurar que aquests siguin lliures i iguals. Posteriorment, el constitucionalisme sumarà els principis democràtics a aquests valors liberals d'inici.

El constitucionalisme, si bé té uns orígens històrics vinculats al pensament i els valors del liberalisme i, per tant, es desenvolupa al compàs de les revolucions liberals, no s'expressa de la mateixa manera arreu. El constitucionalisme americà assoleix des de bon començament una aplicació més jurídica, un cop aprovada la Constitució federal del 1787, que es considera la «lleï suprema del país», i consagra així la superioritat normativa de la constitució per damunt de la resta de lleis. A Europa, en canvi, costa més que la constitució esdevingui un text plenament jurídic, que vinculi els poders públics i els ciutadans. Malgrat les primeres experiències revolucionàries, **la força dels elements monàrquics** (en especial, durant la primera meitat del segle XIX), **va dificultar el desenvolupament del concepte normatiu de constitució**, de manera que es donaren cartes atorgades (autolimitacions voluntàries dels monarques en l'etapa postnapoleònica), o es donaren pactes entre el rei i el parlament. D'aquesta manera, **a l'Europa del segle XIX la constitució va ser més un text polític que jurídic**, i el Parlament i el seu producte normatiu, la Llei, la norma més important. La constitució serà més aviat una llei més, això sí, important per la seva funció política, i per a limitar els poders del rei, però no serà plenament aplicable als ciutadans fins ben entrat el segle XX.

3.2. Els fonaments ideològics del constitucionalisme

El moviment constitucionalista es fonamenta en una filosofia individualista, en el pensament contractualista, el racionalisme, la concepció de la superioritat normativa de la constitució i els postulats liberals.

3.2.1. Filosofia individualista

La filosofia individualista defensa una concepció de l'home lliure, racional, plenament capaç per a gestionar la seva vida i propietats. **Enfront dels privilegis de l'antic règim, defensa uns drets naturals** (segons la filosofia jusnaturalista) de tots els homes lliures, anteriors a qualsevol organització social i política, una llibertat natural prèvia al poder polític que aquest només pot

reconèixer i garantir. **Les declaracions de drets expressen el plantejament esmentat.** Situades, en un principi, fora dels textos constitucionals, **són concebudes com a limitacions del poder, i compromisos dels governants.**

Així, a Anglaterra, la *Petition of Right* (1628), l'*Habeas Corpus Act* (1679) o el *Bill of Rights* (1689), o a les antigues colònies nord-americanes, la *Declaració de Drets del Bon Poble de Virgínia* (1776) i la *Declaració d'Independència* (1776). A Europa, cal destacar la *Declaració de Drets de l'Home i del Ciutadà* (1789), el mateix any de l'esclat de la Revolució Francesa. La Constitució francesa del 1791 no contenia cap declaració de drets i remetia a la del 1789. La Constitució dels Estats Units d'Amèrica (EUA) tampoc no contenia cap declaració de drets quan es va aprovar el 1787, però en va incorporar a partir del 1789 amb les deu primeres esmenes.

Si bé en un primer moment les declaracions de drets se situaren fora de les constitucions, aviat es posaren en relació i a la llarga s'incorporà a tots els textos constitucionals una part, anomenada dogmàtica, dedicada a reconèixer una llista de drets fonamentals a les persones.

D'aquesta manera, les constitucions es divideixen en dues grans parts, la dogmàtica i l'orgànica, en què es regula l'organització dels poders de l'estat. Cal dir també que **la part orgànica s'estructura a partir del principi de la separació, equilibri i control dels poders, entenent que *el poder limita el poder* i aquesta és la millor garantia de la llibertat dels ciutadans.**

Amb l'evolució de l'estat constitucional les declaracions de drets reconeixen **drets de llibertat** (d'expressió, de moviments, de propietat), **drets polítics** (associació, manifestació, sufragi universal, participació) i **drets econòmics, socials i culturals** (educació, sindicació, vaga, seguretat social). Però, en tot cas, **la idea de constitució ha restat lligada al reconeixement i la garantia dels drets fonamentals i a l'organització del poder públic segons el principi de la separació de poders.**

3.2.2. Pensament contractualista

Des d'aquest punt de vista, **la constitució és concebuda com un pacte o un contracte del qual sorgeix la societat i el mateix estat.** El jusnaturalisme, en la seva versió racionalista, fou una filosofia molt influent durant els segles XVII i XVIII, que defensà l'existència d'unes lleis naturals prèvies a les humanes que la raó podia deduir. En termes polítics, s'entenia que els membres d'una societat pactaven i consentien l'establiment d'un govern limitat i representatiu, que havia de respectar les condicions del pacte subscrit i no anar més enllà. **Autors importants que expressen aquesta ideologia, tot i que cadascun amb els seus propis matisos, són Locke, Rousseau o Kant.**

Es parteix que hi ha un «estat de natura» que ha de ser respectat en la configuració de la societat i de l'estat. **La constitució és el document que expressa el pacte fundacional** de la societat organitzada i de l'estat. Inicialment, per tant, el constitucionalisme en la seva versió liberal sosté la rígida separació

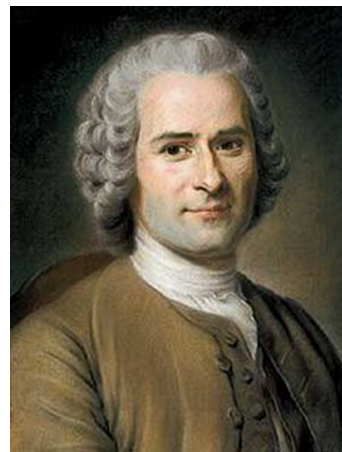


John Locke (1632-1704) fou un filòsof empirista anglès. La seva obra *Assaig sobre el govern civil* és considerada el manifest del liberalisme modern.

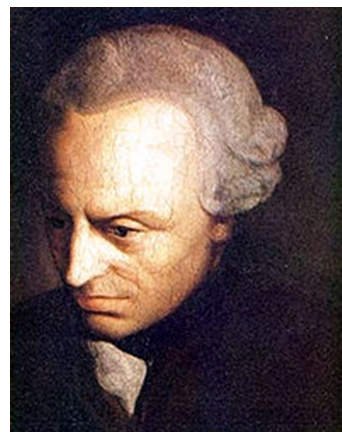
entre estat i societat, el primer com a àmbit del poder que cal limitar i el segon com a espai de la llibertat. Una separació que s'anirà esvaint amb els anys, a mesura que augmenti l'intervencionisme estatal. **Aquesta idea de constitució com a norma fundacional, com a pacte social que crea l'estat va quedar reforçada perquè es va realitzar històricament a Amèrica:** primer a les colònies, en el moment en què es convertiren en estat amb l'aprovació de les seves constitucions i, posteriorment, amb la Constitució del 1787 que creà els Estats Units d'Amèrica.

3.2.3. El racionalisme

El liberalisme es desenvolupa paral·lelament a les idees racionalistes, i de manera específica es pot observar en la Il·lustració del «segle de les llums» (segle XVIII) i en la seva gran obra: *l'Enciclopèdia*. Enfront del dogmatisme, de la intolerància medieval de la fe religiosa i de l'absolutisme, **la Il·lustració propugna la llibertat de pensament i d'expressió, convençuts que la raó conduïa de manera natural a la llibertat i a la igualtat**, objectius del constitucionalisme. Es parteix de la possibilitat de copsar el món mitjançant la raó, perquè segons els il·lustrats la veritat es coneix mitjançant la discussió lliure i racional, la raó és la màxima font per a conèixer la realitat de la vida. El racionalisme es manifestarà en una defensa del dret escrit, producte de la raó, en contra dels costums tradicionals i, per tant, en la força ordenadora de la raó humana. D'aquesta manera es faran codificacions del dret i es redactaran textos constitucionals, delimitats en un únic document. **La constitució seria, per tant, un codi polític escrit que crearia el poder i racionalitzaria l'ordre polític i, d'aquí, en deriva una altra idea de fons del constitucionalisme: l'intent de racionalització de l'ordre polític mitjançant la regulació en dret del poder públic.**



Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) publicà *El contracte social* el 1762. El seu famós *Discurs sobre l'origen i fonaments de la desigualtat entre els homes* (1755) és concebut com un diàleg obert amb l'obra de Thomas Hobbes.



Immanuel Kant (1724-1804) és el màxim exponent de la Il·lustració i pensador extraordinàriament influent als segles XIX i XX.

3.2.4. La concepció de la superioritat normativa de la constitució

La idea que hi ha **una llei fonamental, primària, de la qual deriven la resta de normes**, i que, per tant, no totes les lleis són iguals en importància, és un altre fonament del constitucionalisme. D'antic, la idea de constitució s'ha associat a una norma superior i fonamentadora de la comunitat política. Així, a Roma tenim les *constitutio* de l'emperador, a l'edat mitjana les *lex terrae*, o a l'antic règim les *lleis fonamentals* del Regne. Però, on es veu més clar aquest caràcter és en la tradició anglesa del *common law*, el dret comú del regne format per regles no escrites, principis i precedents judicials que es consideren superiors a les lleis del Parlament. Al segle XVII el jutge Coke va defensar la possibilitat que els jutges poguessin anul·lar les lleis contràries al *common law*.

El principi anglès de la sobirania parlamentària va dificultar aquest plantejament, però, en canvi, als EUA es traslladà com a criteri per a valorar la idoneïtat de les lleis parlamentàries, fins al punt que, des de bon començament, es considerà que donava arguments per a rebel·lar-se contra la llei (com el principi *no taxes without representation*, que legitimà la revolta contra la metròpoli



Sir Edward Coke (1552-1634) fou jutge i parlamentari, i un defensor de l'estat de dret davant de l'absolutisme reial.

i justificà tot el procés d'independència posterior). En aquest sentit, la Declaració d'Independència dels Estats Units d'Amèrica fa referència al fet que el rei anglès no ha respectat els drets naturals inalienables dels seus súbdits, i que hi ha un dret natural anterior a les decisions humanes que no s'ha d'ignorar.

Més tard, es consagrà la idea de la constitució com a norma suprema, superior a les altres lleis. **Sobre aquesta base, els jutges nord-americans formalitzaren el control de constitucionalitat de les lleis a partir de començaments del segle XIX.** Com hem vist, aquesta concepció de la superioritat normativa de la constitució costà més d'introduir a Europa, i el control de constitucionalitat de les lleis no s'instaurà fins ben entrat el segle XX. En tot cas, la concepció de la constitució com a norma suprema deriva també de la idea de *poder constituent*, superior i generador de la resta de poders, que són constituïts, és a dir, creats al text constitucional.

3.2.5. La filosofia liberal

Ja hem vist que el constitucionalisme neix com un moviment profundament lligat al liberalisme, a la idea de limitació del poder i a la garantia de la llibertat individual. Però, el constitucionalisme evolucionà vers la democràcia especialment al llarg dels segles XIX i XX. **Liberalisme i democràcia són filosofies polítiques diferents**, tot i que es poden donar plegades. **El liberalisme persegueix la limitació del poder, la democràcia es preocupa de l'origen i les condicions d'exercici d'aquest poder.** Els estats occidentals han evolucionat i s'han situat en allò que s'ha dit democràcies liberals. Les estructures de l'estat liberal s'han democratitzat i la sobirania nacional o popular es conceben com a legitimació del mateix estat. Les revolucions liberals capgiraren el concepte de sobirania, perquè aquest passà del rei a la nació (lligada al sufragi restringit o censatari, i a una comprensió de la nació com a ens que té una vida pròpia amb independència de les persones que la formen); posteriorment, a partir de la segona meitat del segle XIX, s'anaren incorporant els principis democràtics, amb el reconeixement del sufragi universal, el dret d'associació política, i una ampliació de la base social de legitimació de l'estat.

Constitucionalisme i democràcia no sempre han anat units, però als dos darrers segles hi ha hagut un procés d'incorporació de la democràcia a les estructures de l'estat constitucional. En tot cas, la constitució respon a un acte d'autodeterminació voluntària d'una comunitat que s'expressa de manera sobirana.

3.3. Evolució històrica del constitucionalisme

Seguint la síntesi dels professors Fossas i Pérez Francesch, es poden marcar tres etapes en l'evolució històrica del constitucionalisme:

- La fase inicial del constitucionalisme, els principis bàsics del qual apareixen a Anglaterra (en un llarg procés de transformació de les seves estructures polítiques que culminà al final del segle XVII) i posteriorment triomfen als EUA i a França amb les seves revolucions liberals del final del segle XVIII.
- Un període de recessió del constitucionalisme a Europa a l'inici del segle XIX (Restauració), que es reprendrà als anys trenta d'aquest segle i es consolidarà de manera progressiva.
- Una tercera etapa, al segle XX, de democratització i extensió del constitucionalisme, en tres onades, després de la Primera i la Segona Guerra Mundial i després de la caiguda del comunisme (ensorrament del mur de Berlín).

Lectura recomanada

Enric Fossas Espadaler; Joan Lluís Pérez Francesch (1994). «Evolució històrica del constitucionalisme». A: *Lliçons de dret constitucional* (1a. ed., pàg. 29-40). Barcelona: Enciclopèdia Catalana.

3.3.1. Els orígens del constitucionalisme: Anglaterra, EUA i França

En aquest primer moment, que coincideix amb el triomf dels principis polítics liberals primer a Anglaterra i després als Estats Units d'Amèrica i França, el constitucionalisme inicia el procés de limitació del poder polític fins aleshores associat a l'absolutisme.

La constitució esdevé un instrument mitjançant el qual la burgesia aconsegueix participar en la direcció de l'estat. La sobirania apareix associada a la nació, tot i que en la pràctica dominarà una concepció de compartir el poder entre el rei i el parlament. Els drets que es garanteixen són propis de l'estat liberal i s'articulen al voltant de la llibertat, la seguretat i la propietat. La constitució no és un text democràtic perquè domina una concepció del poder en mans d'un sector reduït del poble, la burgesia, i en general aquelles persones que tenen un determinat nivell de rendes o ingressos (sufragi censatari).

Les característiques anteriors es mostren en els **tres grans models de revolució liberal**, als quals podem associar unes característiques específiques del constitucionalisme i marcaran unes línies d'evolució.

Anglaterra

A Anglaterra **triomfen una gran part dels principis del constitucionalisme liberal al llarg del segle XVII**. Es tracta d'una adequació lenta i evolutiva de les institucions tradicionals. **La continuïtat institucional es produeix mitjançant el principi de sobirania parlamentària**. El triomf del Parlament en la «Gloriosa Revolució» del 1688 es reflecteix en dos documents constitucionals: el *Bill of Rights* (1689), declaració de drets enfront del rei, i l'*Act of Settlement* (1701), que estableix les noves condicions del govern reial i la independència dels jutges. A Anglaterra **es desenvolupa un constitucionalisme basat en**

Lectura recomanada

R. Jiménez Asensio (2003). *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional* (2a. ed., pàg. 36-45). Madrid: Marcial Pons.

l'equilibri de poders, que vol establir un govern moderat, en el qual les institucions es limitin entre elles: el rei, el *common law*, les lleis, els costums, el Gabinet, el Parlament, els jutges, etc.

El sistema polític anglès es configura a partir del final del segle XVII com un règim parlamentari: el Gabinet se separa progressivament del rei i de la seva exclusiva confiança. Els ministres necessitaran la confiança de la Cambra dels Comuns i s'establirà la convenció que els membres del govern han de ser també membres del parlament; el govern sorgirà de la majoria parlamentària, i serà responsable políticament davant el parlament; el primer ministre anirà adquirint relleu com a líder de la majoria parlamentària i com a cap del govern. Al sistema polític anglès es desenvoluparà un bipartidisme, influït pel sistema electoral majoritari, entre conservadors (*tories*) i liberals (*whigs*).

El reconeixement dels drets de les persones pels jutges és un altre objectiu del constitucionalisme anglosaxó, de manera que es pot parlar de dos moments en aquest procés: el reconeixement judicial en el cas concret (*freedom of speech, freedom of meeting*) i les grans declaracions en textos legals parlamentaris. Al mateix temps, es consagra el principi de la submissió del poder al dret mitjançant el *rule of law*, és a dir, la subjecció a la llei ordinària del país, administrada pels tribunals ordinaris.

Un dels fets més singulars del constitucionalisme anglès i posteriorment britànic és que **no té un text constitucional escrit i codificat**. La constitució està formada per un conjunt de textos de diferents tipus, des del segle XIII fins als nostres dies. Per això es diu que hi ha una «**constitució no escrita**», però el que es vol dir és que **no està escrita en un únic text**. Les fonts del dret constitucional britànic són: **lleis parlamentàries amb caràcter constitucional** (*statute law*), entre les quals podem destacar la *Carta Magna* (1215), la *Petition of Right* (1628), l'*Habeas Corpus Amendment Act* (1679), el *Bill of Rights* (1689), l'*Act of Settlement* (1701) o les *Parliament Acts* (1911 i 1949), entre altres; el **dret judicial** (*case law*) derivat de les decisions judicials més importants, tant del dret consuetudinari (*common law*) com del dret legislatiu, i **les convencions** (*conventional rules*), és a dir, les pràctiques que es consideren vinculants a la vida política (així s'han anat desenvolupant institucions com el primer ministre, el Gabinet o la responsabilitat política d'aquest davant el Parlament).

D'altra banda, **la constitució anglesa és una constitució flexible**, és a dir, que les lleis que en formen part es poden modificar sense un procediment especial, com si fossin les lleis ordinàries. **Les lleis constitucionals es diferencien de les altres pel seu contingut** (per la matèria), **però no per la jerarquia**. Per tant, **no hi ha superioritat normativa de la constitució** ni cap òrgan que pugui controlar la constitucionalitat de les lleis. Al Regne Unit no hi ha una superioritat jeràrquica del poder constituent; el sobirà és el poble per mitjà del poder constituït al Parlament. Així doncs, no havent-hi un poder per sobre del Parlament, tampoc hi ha una norma per sobre de les lleis del Parlament. El

constitucionalisme britànic ha influenciat notablement altres estats constitucionals, com ara els membres de la Commonwealth (federació de les antigues colònies) o, en menor mesura, els països escandinaus.

Els Estats Units d'Amèrica

El constitucionalisme nord-americà neix amb les tretze colònies que es declaren independents de la metròpoli el 1776, mitjançant la **Declaració d'Independència**.

Aquest és un document interessant pel plantejament que fa: atès que el rei anglès no ha respectat els drets naturals i inalienables dels seus súbdits, en especial el de tenir representants, proclamen el dret de constituir-se en estats independents i basats en el consentiment dels governats. **Un cop obtinguda la independència, els nous estats es dotaran de constitucions.** Aquest és un fet important perquè són les primeres mostres de constitucions escrites, sistemàtiques i codificades, aprovades per una assemblea constituent i amb un contingut liberal: una declaració de drets i una organització dels poders basada en el principi de separació de poders.

Així, la **Constitució de Virgínia (1776) va ser la primera constitució liberal escrita de la història**. No ens ha de sorprendre que, també en aquest moment, apareixen les primeres expressions escrites sobre l'existència d'un poder constituent. Als nous Estats Units fou molt important remarcar que hi ha un nou poder sobirà que constitueix un nou ordre i és aquesta visió de la relació entre poder constituent i poder constituït (com també de constitució en relació amb les lleis ordinàries), que calarà a la major part d'estats constitucionals del món. Podem dir, doncs, que el constitucionalisme nord-americà neix trencant esquemes tradicionals i creant un nou ordre partint de principis propis, en contrast amb el que hem vist que caracteritzà el constitucionalisme anglès: la continuïtat i la lenta transformació de les institucions tradicionals.

La primera articulació política entre els nous estats nord-americans va ser la confederació (*Articles of Confederation*, 1777), mitjançant la qual conservaven la seva sobirania, però delegaven alguns poders (sistema postal, conclusió de tractats, declaració de la guerra). Al poc temps es va replantejar el tipus d'unió envers lligams més sòlids a la Convenció de Filadèlfia (1787), en la qual els representants dels estats van aprovar un projecte de Constitució federal que, després d'ésser ratificada, entrà en vigor el 1789, any en què George Washington fou elegit primer president dels Estats Units.

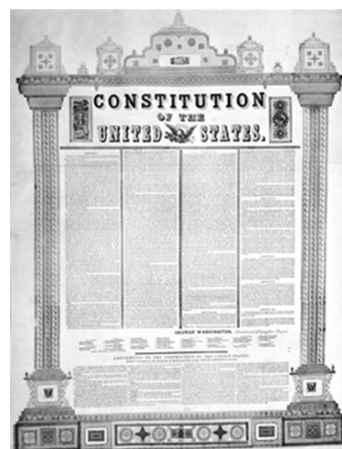
Es tracta d'un text breu, de set articles, relatius a l'organització del poder federal i a la reforma de la constitució. **Posteriorment, per la via d'esmenes, s'incorporaren nous articles referents a la declaració de drets** (les deu pri-



La signatura de la *Declaració d'Independència* (quadre de John Trumbull).



L'obra de Montesquieu *L'esprit de les lleis* (1748), que recull la visió d'aquest pensador liberal i il·lustrat, no va tenir tanta influència a França com als Estats Units.



La Convenció de Filadèlfia aprovà la Constitució dels Estats Units el 17 de setembre del 1787, encara avui vigent, tot i que s'hi han fet múltiples reformes (esmenes).

meres esmenes s'aproven el 1791). La Constitució del 1789, que continua vigent, va tenir al llarg del segle XIX una gran influència arreu del món, i molt especialment a l'Amèrica llatina.

El sistema nord-americà consagra la supremacia normativa de la constitució, en un text codificat, situat per sobre de totes les lleis, les federals i les dels estats membres. A l'article VI es defineix el text constitucional com «la llei suprema del país». A partir d'aquí es desenvoluparà el **control de constitucionalitat de les lleis** com a mecanisme de garantia d'aquesta superioritat normativa, la qual cosa **s'inicià amb el famós cas *Marbury vs. Madison* (1803)**. Des d'aleshores els jutges ordinaris estan legitimats per a jutjar la constitucionalitat de les lleis (*judicial review*).

El federalisme és un segon element característic del constitucionalisme dels Estats Units d'Amèrica. La Constitució és producte d'un **doblet pacte fundacional**, entre ciutadans però també entre estats. Es generà, així, l'estat federal, en què hi ha un repartiment de competències entre la federació i cada estat membre o federat. Es tracta d'un model que fa possible la unitat dins la diversitat. I que, a més de la separació de poders horitzontal (entre legislatiu, executiu i judicial), **hi afegeix una divisió territorial o vertical del poder**.

El sistema presidencial és una altra aportació del constitucionalisme nord-americà. Els òrgans principals de la federació seran el president, el Congrés i el Tribunal Suprem, dins un disseny de separació rígida de poders, però alhora guiats pels *checks and balances*, és a dir, els controls i contrapesos entre aquests òrgans, gràcies als quals s'entén que es garanteix la llibertat dels ciutadans. El president (cap de l'estat i de l'executiu) s'inspira en la figura del monarca anglès del segle XVIII, escollit per uns compromissaris, a partir de l'elecció popular, que comparteix amb el Congrés (Cambra de Representants i Senat). El president, per tant, no necessita la confiança del Parlament, i tampoc no és responsable políticament davant seu.

En definitiva, la democràcia s'ha considerat sempre associada al constitucionalisme nord-americà, com a mínim al llarg del segle XX², però cal recordar que abans –si més no fins al 1870, com a conseqüència de la guerra de secessió– restà vigent el sufragi censatari masculí i l'esclavitud, i que fins al 1965 no s'aprovà la Llei del dret al vot per als afroamericans, quasi cent anys després que s'aprovés la 15a. esmena (1870) de la Constitució dels Estats Units, que prohibia que s'impedís votar a un ciutadà per motiu de la seva raça, color o condició anterior d'esclavitud. El cas de la segregació racial (*Separated but equal*), que no va ser declarada contrària a la Constitució fins al 1954, en la històrica sentència del Tribunal Suprem *Brown vs. Board of Education*, és un exemple clar que el que estableixen les constitucions no sempre es compleix a la pràctica o s'interpreta molt esbiaixadament.

⁽²⁾La democràcia s'ha considerat associada al constitucionalisme nord-americà, però fins al 1920 no s'establí a escala nacional el dret a sufragi per a les dones.

França

El procés revolucionari francès es caracteritza per una ruptura radical amb l'*Ancien Régime* (la monarquia absoluta). El fet que va desencadenar la revolució va ser la convocatòria dels Estats Generals (antic parlament estamental) pel rei Lluís XVI el 1789. La força de la burgesia, l'antic tercer estat, va convertir aquell Parlament en una Assemblea Nacional constituent. **El primer text que es va aprovar va ser la Declaració de Drets de l'Home i del Ciutadà (1789)**, influïda pels documents anglesos i nord-americans. **Després es va aprovar la Constitució del 1791**, que és la primera constitució liberal escrita del continent europeu. A partir del 1792, França entra en una voràgine violenta, amb la consegüent inestabilitat política i constitucional, fins arribar al cop d'estat del 1799, amb el qual s'inicia l'etapa napoleònica, que dura fins al 1814. **L'experiència francesa es caracteritza per una gran inestabilitat constitucional. La constitució esdevé un text que expressa els valors de la majoria política conjuntural**, en una tendència que també es pot observar al llarg de tot el segle XIX a l'Estat espanyol.

La cultura constitucional francesa, en les seves primeres formulacions liberals, es fonamenta en la concepció de la «llibertat pública» de les persones, en una construcció de garantia enfront de l'estat; **en el principi de sobirania nacional**, que concep la nació com a persona moral amb independència de les persones concretes i que només pot actuar mitjançant representants (Sieyès), i **en el principi d'imperi de la llei** (*regne de la loi*), segons el qual la màxima norma és la llei elaborada pel Parlament, com a expressió de la voluntat general.

3.3.2. El segle XIX a Europa: recessió i represa del constitucionalisme

El constitucionalisme del segle XIX és condicionat per la caiguda de Napoleó i per la Restauració monàrquica defensada pels estats centreeuropeus que el derrocaren. Així es formalitzà a la Conferència de Viena del 1815. **La Restauració es proposa restablir el «principi monàrquic»** segons el qual el poder de l'estat deriva del monarca, que és el centre de tota la vida política. Però, ja no serà possible el retorn al poder absolut, de manera que **s'aprovaran cartes atorgades** (autolimitacions graciabls del monarca, que accepta voluntàriament unes limitacions a les seves prerrogatives i consent un parlament dòcil com a col·laborador en algunes matèries), i **les constitucions pactades**, entre el rei i el Parlament, producte d'una mena de sobirania compartida entre el rei i la nació. És el que es coneixerà com a **monarquia limitada o monarquia constitucional**, perquè els reis són obligats a pactar els seus poders i restringir-los.

Són exemples de **cartes atorgades** la Carta Constitucional que Lluís XVIII concedí als francesos el 1814 (que, de fet, fou el text que a Europa va servir com a model de carta atorgada), les Constitucions estamentals dels Estats alemanys o la Constitució dels Països Baixos del 1815. A l'Estat espanyol, són dues les que es poden considerar cartes atorgades:

Lectura recomanada

Assemblea Nacional Constituent francesa (1789). *Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà*.



Emmanuel-Joseph Sieyès, (1748-1836), polític, eclesiàstic, assagista i acadèmic francès, va ser uns dels teòrics de les constitucions de la Revolució Francesa i de l'era napoleònica.

L'Estatut de Baiona del 1808 (carta atorgada per Josep Bonaparte) i l'Estatut Reial del 1834, que de fet és una convocatòria de Corts feta per la reina regent Maria Cristina de Borbó i que per aquest motiu només fa referència a l'organització i funcionament de les cambres sense incloure una part dogmàtica o una declaració de drets, en una mínima autolimitació dels seus poders.

Com a **casos de constitucions pactades** destaquen la francesa del 1830 (acordada entre el Parlament i Lluís Felip d'Orleans, que té un contingut més liberal que la del 1814 i inicia el desenvolupament del govern parlamentari), a Itàlia, l'Estatut Albertí del 1848 (que es va convertir en la Constitució d'Itàlia amb la unificació del país), la Constitució imperial alemanya del 1871 (també després de la unificació nacional), o les constitucions espanyoles del 1845 i 1876.

A partir dels anys trenta del segle XIX es dona un procés de democratització i de parlamentarització del constitucionalisme. El parlament augmenta els seus poders mitjançant el control del govern, els monarques perden prerrogatives, s'estenen els drets i llibertats de les persones, etc. En aquest context hi ha la Constitució que crea el regne de Bèlgica el 1831 (que recollí les dues tradicions constitucionals europees més rellevants, la francesa i l'anglesa) i la Constitució francesa del 1848, fruit de la revolució d'aquell any, que va fer abdicar el rei i va proclamar la Segona República, i que a més de recollir una àmplia gamma de drets individuals, va obrir les portes de la democratització establint per primera vegada el sufragi universal directe, i fins i tot alguns drets socials (relacionats amb el treball, la protecció del menor, la malaltia i els ancians). Aquesta mateixa onada democratitzadora també va donar lloc a altres textos constitucionals a Holanda (1848), Suïssa (1848), Dinamarca (1848), o a l'Estat espanyol (1869). A Alemanya va fracassar l'intent d'unificació sota principis liberals i democràtics (la Constitució que va aprovar l'Assemblea Nacional Constituent reunida a Frankfurt el 1848 mai no va arribar a estar vigent) i la unificació vindrà de la mà de la Constitució imperial del 1871, que reservarà a l'emperador importants àmbits de poder polític en un estat federal en què hi havia una clara hegemonia de l'Estat prussià i del seu dirigent Otto von Bismarck.



Otto von Bismarck (1815-1898), conegut com el canceller de ferro, va ser primer ministre de Prússia i posteriorment canceller de l'Imperi alemany.

Al Regne Unit el Parlament es va democratitzant mitjançant successives lleis de reforma electoral des del 1832 i que culminen el 1918 amb el reconeixement del sufragi universal masculí i del femení per a majors de 30 anys, i un ampli desenvolupament del parlamentarisme amb un primer ministre, autèntic centre del sistema polític.

3.3.3. El segle XX: democratització i extensió del constitucionalisme

Durant el segle XX, el constitucionalisme s'associa definitivament a la democràcia, i s'estén a pràcticament tot el món, malgrat que amb una qualitat variable segons els diferents estats.

El corrent democratitzador que s'inicià a Europa a mitjan segle XIX culminarà al segle XX, en quatre etapes: el període d'entreguerres, el final de la Segona Guerra Mundial, els anys setanta i els noranta. Tal com destaquen Fossas i Pérez Francesch, **hi ha una primera onada d'experiències constitucionals, en el període d'entreguerres**, que és conseqüència de les profundes transformacions econòmiques i socials que es van produir a Europa i de l'extensió del sufragi universal, l'aparició dels partits de masses i de la creació de nous estats nacionals fruit de la caiguda dels antics imperis (Àustria, Alemanya, Turquia). El resultat és l'aparició de nombroses constitucions que, **seguint en bona part la Constitució alemanya de Weimar (1919) i la tendència de la «racionalització» del poder polític (recollida i teoritzada per Mirkine-Guetzevitch)**, representen la generalització del sufragi universal, la supressió de les segones cambres aristocràtiques, la substitució de la monarquia per la república, la consolidació del sistema parlamentari, la constitucionalització de drets socials i la creació dels primers tribunals constitucionals.



Boris Mirkine-Guetzevitch (1892-1955), nascut a Kiev, es va haver d'exiliar primer de Rússia i després de la França ocupada pels nazis. Va ser professor de dret públic a Nova York i París, i és autor de *Constitucions de la Nova Europa* (1928) i de *Noves tendències del dret constitucional* (1936), entre altres obres rellevants.

Entre aquestes constitucions destaquen per les novetats que aportaren, a més de l'alemanya del 1919, la d'Àustria (1920) i la de la II República espanyola (1931), però aquestes orientacions es reflecteixen també en els textos constitucionals de Finlàndia (1919), Hongria (1920), Txecoslovàquia (1920), Polònia (1921), Romania (1922), Irlanda (1922), Turquia (1924) i Grècia (1927). La inestabilitat social i política del període és marcada per l'aparició de la Unió Soviètica i les seves constitucions de 1918, 1924 i 1936 (que inspiraran el constitucionalisme socialista a la segona postguerra) i la ruptura amb l'estat de dret que significa el totalitarisme a Alemanya (nazisme), Itàlia (feixisme), Portugal (salazarisme) o Espanya (franquisme).

Arran de la segona postguerra, amb la derrota dels règims totalitaris a Itàlia i Alemanya (però no a Espanya ni a Portugal), **augmenta la democràcia constitucional, amb textos tan significatius com la Constitució italiana del 1947, la Llei Fonamental de Bonn (1949) o la Constitució francesa del 1958**. Aquestes constitucions exerciran una gran influència en algunes de les monarquies parlamentàries europees (Holanda, Bèlgica, Dinamarca, Suècia) i **seran una de les principals referències per a les constitucions dels anys setanta**, entre les quals hi ha la dels estats del sud d'Europa que iniciaren una transició cap a la democràcia, com Portugal o Grècia el 1975, i l'Estat espanyol el 1978. En una darrera etapa del segle XX, durant els anys noranta, amb la caiguda del comunisme als països de l'Europa de l'est, s'elaboraran noves constitucions que en general responen als principis del constitucionalisme de l'estat social i democràtic de dret i en què pren força el sistema semipresidencial com a forma de govern.

En síntesi, **el segle XX veu com es consagra l'estat social i democràtic de dret, la normativitat constitucional plena** –per a ciutadans i poders públics– **i suprema mitjançant el control constitucional de les lleis**, i es reformula la vella idea del *judicial review* nord-americà **mitjançant el control concentrat en mans de tribunals constitucionals**. Així, en les constitucions del segle XX,

es consolida la legitimació exclusivament democràtica del poder amb el reconeixement de la sobirania popular, el dret de sufragi universal, la participació popular en l'elaboració i revisió de les constitucions, i en el funcionament dels poders públics. I també serà habitual que els textos constitucionals incorporin clàusules reguladores de la intervenció estatal en el procés econòmic i proclamïn drets econòmics, socials i culturals. En canvi, la garantia de la diversitat i del pluralisme serà un dels reptes més complexos i en part encara pendants, juntament amb el manteniment d'un estat social que faci possible que la llibertat i la igualtat siguin reals i efectives.

4. La constitució i la justícia constitucional

4.1. Concepte, contingut i funcions de la constitució

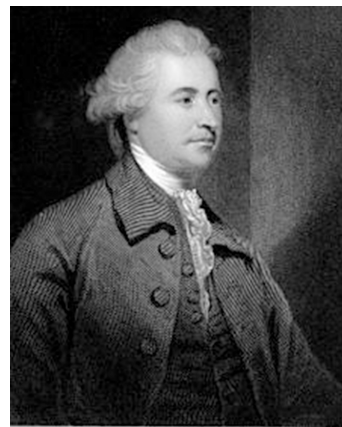
El concepte actual de constitució està lligat al constitucionalisme i a l'aparició de l'estat i la societat liberal i del moviment codificador. Com ja s'ha vist, el concepte modern de constitució neix amb el triomf de les idees liberals, a les quals s'afegiran posteriorment les democràtiques, i es construeix sobre els fonaments ideològics del constitucionalisme, esmentats també anteriorment.

El concepte de constitució es caracteritza pel seu caràcter normatiu, la qual cosa comporta que un sistema de normes jurídiques –és a dir vinculants– creen i ordenen un ordre polític, i són delimitades en un document escrit (constitució formal) que té l'atribut de la supremacia; és a dir, de norma suprema, de la qual deriven la resta de les normes (*norma normarum*).

L'elaboració de la constitució és un acte mitjançant el qual els detentors del poder, de la sobirania, generen un nou ordre polític tot actuant com a poder constituent. L'acte constituent pot ser de naturalesa més o menys inclusiva dels membres de la societat, tot i que, en principi, en tota societat democràtica la sobirania emana del poble i aquest sempre hauria de poder influir decisivament en l'acte constituent, del qual deriven els poders constituïts, creats pel text constitucional. El procediment per a elaborar la constitució és diferent del seguit per a la resta de lleis, i el procediment de la seva reforma també és específic i més difícil (rigidesa). El contingut de la norma constitucional és aquell que deriva dels principis liberals de la limitació i control del poder polític mitjançant la separació de poders i la garantia de la llibertat dels ciutadans.

Les característiques anteriors defineixen el concepte normatiu o racional-normatiu de constitució, diferent d'altres accepcions que tenen en compte elements històrics o sociològics que configuren la vida política d'un país. Les definicions doctrinals de «constitució» han estat múltiples, però és possible ordenar-les al voltant de tres grans concepcions: la racional-normativa, la històrico-tradicional i la realista o sociològica.

La concepció racional-normativa s'oposa a la concepció històrica de constitució, que és d'arrel tradicionalista i contrarevolucionària, i considera que cada poble té la seva pròpia i particular constitució nacional, que és fruit de la seva història i expressa els seus trets característics, perquè per sota de les lleis derivades de la voluntat humana els pobles tenen una personalitat i unes exigències constitucionals que fan que la seva constitució sigui indisponible (encara que reformable d'acord amb l'evolució dels temps). La constitució d'un poble, per tant, no és un sistema normatiu producte de la raó, sinó el resultat d'una transformació històrica (en la qual sovint intervenen factors irracionals o fortuïts); la constitució no és el resultat d'un acte únic del poder constituent, sinó la sedimentació de la tradició i la història. Aquesta concepció, pròpia dels contrarevolucionaris i dels liberals doctrinaris, va ser elaborada per l'irlandès Edmund Burke i els francesos Louis de Bonald i Joseph de Maistre.



L'irlandès Edmund Burke (1729-1797) fou escriptor i pensador polític conservador, i les seves *Reflexions sobre la Revolució francesa* un dels més famosos atacs a aquesta revolució.

La concepció realista o sociològica es pot entendre com a complementària de la racional-normativa, dues perspectives o punts de vista que es poden enriquir mútuament. Per la concepció realista o sociològica, la constitució és la manera política real de ser d'un poble, en la línia de la *politeia* d'Aristòtil, i, per tant, consideren que la norma constitucional formal seria un simple «full de paper» (Ferdinand Lassalle) perquè sovint indica poc sobre la distribució i el funcionament real dels poders existents en una comunitat política; aquesta concepció és crítica amb la pretensió de tractar només les normes jurídiques sense atendre'n l'eficàcia, i ha estat formulada tant per conservadors (davant les pretensions liberals de dictar normes utòpiques) com per reformistes o revolucionaris.



Louis Gabriel Ambroise, vescomte de Bonald (1754-1840), polític i filòsof francès, és un dels exponents més importants del pensament catòlic tradicionalista dels anys que segueixen la Revolució Francesa. Va contribuir a sostenir el procés de Restauració borbònica que va experimentar França entre el 1815 i el 1830 i, en general, a Europa entre els anys 1814 i 1848.

Per tot això, avui dia el terme **constitució s'usa en tres sentits diferents, que responen a tres conceptes de constitució** (Isidre Molas):

- D'acord amb el **concepte formal de constitució**, és la norma jurídica que es distingeix de la resta de normes de l'ordenament jurídic per tenir una forma pròpia i específica derivada de la seva jerarquia normativa, de l'òrgan que l'ha aprovat o del procediment especial per a reformar-la.
- D'acord amb el **concepte material de constitució**, és el conjunt de normes jurídiques que, amb independència del seu caràcter formal, regulen determinats aspectes essencials de la comunitat política, especialment la forma d'estat, l'organització i funcionament dels poders públics i els drets fonamentals.
- D'acord amb el **concepte de constitució substancial** (o constitució en sentit material), és la forma o manera de ser d'una comunitat política, és a dir, l'organització real del poder polític i del procés polític, a més de les regles jurídiques o fàctiques del seu funcionament.



Joseph de Maistre (1753-1821), teòric polític i filòsof, és el màxim representant del pensament conservador oposat a les idees de la Il·lustració i la Revolució Francesa. La seva principal obra política, *Consideracions sobre França* (1797), presenta la Revolució Francesa com un esdeveniment radicalment dolent, tant per les seves causes com pels seus efectes.

Amb la finalitat d'ajudar a comprendre millor el concepte de constitució i les seves diverses característiques, la doctrina ha establert diferents classificacions, sobre la base dels criteris següents (Álvarez Conde):

- **Atenent la titularitat del poder constituent, es distingeix entre cartes atorgades, pactades o constitucions democràtiques.** Les cartes atorgades són actes unilaterals del monarca (habitualment deguts a la pressió popular) en què aquest autolimita el seu poder desprenent-se d'algunes prerrogatives en favor del parlament; en podem trobar exemples a França (1814), Alemanya (1815), Japó (1889), Mònaco (1911) o Espanya (1808 i 1834), entre altres. Les cartes pactades són pròpies de l'etapa del liberalisme doctrinari i són producte de l'acord entre el rei i el parlament, que actua com a representant del poble, en allò que es podria considerar una cosobirania o sobirania compartida; com a exemple es poden citar la Constitució francesa del 1830, la prussiana del 1850 o les espanyoles de 1837, 1845 i 1876. Les constitucions democràtiques parteixen del reconeixement d'una única legitimitat possible, la sobirania popular; en són exemples primerencs les franceses de 1791 i 1848, i avui dia la majoria de constitucions del món occidental.
- **Per raó de la seva forma, les constitucions poden ser escrites o no.** Actualment són escrites, encara que el Canadà o el Regne Unit de la Gran Bretanya tenen una constitució en part no escrita. A més, les constitucions escrites poden estar contingudes en un únic document (codificades) o en diversos documents.

Com hem vist, com a conseqüència del racionalisme i de la voluntat codificadora sorgida al començament del segle XIX, avui dia la majoria de les constitucions estan contingudes en un únic document, encara que la constitució de la III República francesa estava repartida entre diversos documents, com ho estan també, entre altres, l'actual constitució britànica, la canadenca (que és una amalgama d'actes codificades, tradicions no codificades i convencions), l'austriaca (que, a més de la Llei Constitucional Federal del 1920, inclou un centenar de lleis federals, les disposicions de caràcter constitucional que són recollides en lleis federals ordinàries –que són aproximadament un miler– i diversos tractats internacionals), o la de la República Txeca (la denominada Constitució del 1992 és pròpiament una llei constitucional i juntament amb altres lleis constitucionals constitueix l'anomenat ordenament constitucional de la República Txeca).



Què és una constitució? (1831) és l'obra més coneguda de Ferdinand Lassalle (1825-1864), advocat i polític socialista alemany i un dels principals divulgadors de «la llei de ferro dels salaris», que afirma que els salaris reals a la llarga sempre tendeixen al salari mínim per a sostenir la vida dels treballadors.

- **Segons el seu procediment de reforma, es distingeix entre constitucions rígides i flexibles**, d'acord amb la denominació de Bryce (1901). Les constitucions rígides, que són la immensa majoria, tenen un procediment específic de reforma, diferent i generalment més agreujat i complex que el de reforma de les lleis ordinàries. Les constitucions flexibles no contenen un procediment específic per a la seva reforma i, per tant, es poden modificar seguint el procediment legislatiu ordinari.
- **Segons el grau d'eficàcia de les constitucions, Loewenstein les classifica entre normatives, nominals i semàntiques**. En les primeres es produeix una identificació entre la previsió del text constitucional i la realitat de la vida política, que s'allunya en les nominals i que arriba a esdevenir una disfressa a les darreres. És a dir, les semàntiques són jurídicament vàlides però el que estipulen no es correspon gens amb la dinàmica real del procés polític, perquè en el fons són constitucions que emmascaren les forces reals que detenen el poder i que tenen bàsicament la funció de ser una tapadora formal d'una situació política absolutament manipulada pels que realment detenen el poder, independentment del que estableix la constitució formal.
- **Segons la diversitat i l'extensió de les matèries que conté, les constitucions poden ser breus o extenses**. En general, les constitucions breus són característiques del sistema liberal perquè forma part d'aquesta ideologia un estat mínim i una constitució que bàsicament es limiti a establir un dret fonamental i a regular les regles de joc de l'estat (l'organització i funcionament dels seus òrgans). En canvi, una constitució és llarga no només pel nombre d'articles que conté, sinó sobretot per la voluntat del constituent d'incloure totes les matèries pròpies d'un estat social i democràtic de dret, és a dir, a més de les que fan referència als poders de l'estat també les que impliquen fixar uns objectius de la política social i econòmica a aquests poders estatals. La Constitució portuguesa del 1976 i l'espanyola del 1978 serien exemples de constitucions extenses. Un exemple de constitució breu seria la dels Estats Units del 1787, no només perquè solament conté originalment 7 articles (i posteriorment 27 esmenes), sinó per aquesta concepció liberal a la qual respon.
- **Segons la funció que hi predomini, es parla de constitució-procés o constitució-programa (o constitució dirigent)**. La constitució-procés té com a funció principal ser un instrument garantista que limita els poders, un dispositiu formal que estableix les regles procedimentals per a garantir un procés polític obert a una pluralitat d'opcions socials, i que per tant es limita bàsicament a regular l'organització i funcionament dels poders de l'estat. Seria el cas de la Constitució dels Estats Units del 1787. En canvi, es considera una constitució-programa o constitució dirigent la que té com a funció principal fixar un programa transformador de la societat que els poders públics han de desenvolupar, és a dir, hi predomina una funció programadora que vol establir unes finalitats socials a l'estat i uns



Karl Loewenstein (1891-1973), autor de *Teoria de la constitució* (1959), va ser un jurista i professor de ciència política alemany que es va haver d'exiliar de l'Alemanya nazi als Estats Units, on destacà per les seves investigacions sobre la tipologia de les constitucions.

objectius i unes tasques polítiques als poders constituïts. N'és un exemple la Constitució portuguesa del 1976. Tanmateix, aquestes dues maneres de concebre la constitució es poden considerar complementàries.

Pel que fa al contingut de les constitucions, la doctrina ha debatut bastant sobre si hi havia o no una «matèria constitucional», és a dir, un mínim irrenunciable, un contingut característic i típic de qualsevol constitució. A la pràctica **els continguts de les constitucions són variables, però a la nostra cultura jurídica i política es constata que hi ha unes matèries que habitualment sí que contenen els textos constitucionals: els valors i principis bàsics de l'ordre polític estatal; el reconeixement i garantia dels drets fonamentals dels ciutadans i dels grups, l'organització dels poders de l'estat i la reforma de la mateixa constitució.**

Alguns estudiosos han defensat l'existència irrenunciable d'aquest contingut, perquè són els aspectes que defineixen la funció política de la constitució: l'organització dels poders de l'estat d'acord amb el principi de divisió de poders i la garantia dels drets fonamentals. D'altres han criticat aquesta perspectiva universalista del contingut constitucional tot propugnant una visió més multicultural del dret i, per tant, també de les constitucions i els drets que contenen.

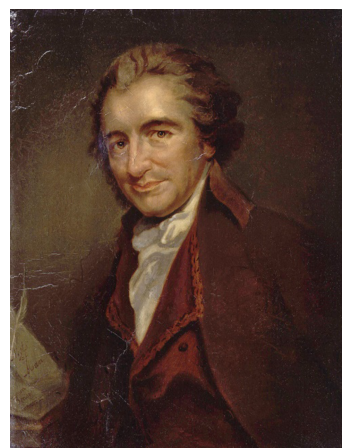
Tradicionalment, aquest contingut s'ha estructurat en dues grans parts: una part orgànica (organització, competències i funcionament dels poders públics a partir del principi de separació de poders) **i una part dogmàtica** (garantia dels drets i principis bàsics del sistema polític instaurat). Aquesta distinció era rellevant perquè fins que no s'imposa plenament el concepte racional-normatiu de constitució, que estableix que tota la constitució és norma jurídica i suprema, en molts estats (inclòs l'espanyol) sovint només s'entenia com a jurídicament vinculant la part orgànica, de tal manera que els drets recollits en la constitució només tenien eficàcia en la mesura que eren regulats pel legislador. De fet, fins a la Constitució belga del 1831 el més freqüent era que les constitucions no tinguessin una part sistemàticament dedicada als drets i llibertats, sinó que moltes vegades les declaracions de drets figuraven en un text a part. Aquest és el cas del primer text de la Constitució dels Estats Units del 1787, que incorporà els drets posteriorment (com a *Bill of Rights*), i també de la Constitució actual francesa del 1958, que encara remet a la Declaració del 1789. En l'actualitat aquesta és una distinció amb un valor bàsicament acadèmic, que pot ajudar a entendre la diversitat del contingut de les constitucions, però que tal com remarquen Fossas i Pérez Francesch, d'acord amb la idea genuïna del constitucionalisme, no es poden desvincular les normes organitzatives de les dogmàtiques perquè formen una estructura inseparable, fins al punt que sovint resulta difícil distingir en una mateixa norma el caràcter dogmàtic de l'orgànic, i també és una diferenciació poc útil i adequada perquè la distinció no capta la complexitat dels textos constitucionals actuals, que contenen una àmplia tipologia de normes impossible de reduir a un esquema dual.

D'altra banda, pel que fa a les funcions de la constitució, cal tenir present que freqüentment els textos constitucionals (sovint en els preàmbuls) expressen els objectius que, segons els redactors, es proposen assolir. Però, en general, i partint dels fonaments del constitucionalisme, **les funcions d'una constitució** es poden sistematitzar en les següents:

- **Constituir l'estat**, és a dir crear l'organització estatal, delimitant els elements constitutius de l'estat i determinant l'estructura dels poders públics.
- **Legitimar els poders de l'estat**, perquè la mateixa idea de constitució introdueix una legitimació racional del poder polític pel fet que no deriva de la força, ni de la voluntat d'un monarca ni és predeterminada per la història, sinó que el que legitima el poder polític és la mateixa constitució, que és garantia de la limitació dels poders i respecte dels drets fonamentals. El poder només pot ser exercit pels òrgans creats per la constitució, que en limita les potestats i obliga que la seva activitat es fonamenti en el que disposa la mateixa constitució. Tal com remarca Víctor Ferreres, el problema que per al liberalisme democràtic planteja l'existència d'un estat que imposa els seus poders sobre els individus (que pot imposar deures de manera unilateral, sense el consentiment del destinatari) es resol exigint que tots els òrgans estatals sense excepció derivin la seva existència i les seves competències de la decisió sobirana del poble expressada en una constitució. Així, per a Thomas Paine (un dels més importants propagadors de les noves idees liberals durant les revolucions nord-americana i francesa), el poder públic es pot exercir per usurpació o per delegació. Només en aquest segon cas n'és legítim l'exercici; el poder s'exerceix per delegació quan el poble ha pogut decidir de manera lliure (sense estar vinculat a decisions polítiques preses per generacions del passat) quina és la configuració de l'estat sota el qual ha de ser governat, i aquesta decisió sobirana del poble s'expressa en la constitució.
Per tant, tota la legitimitat del sistema constitucional reposa en la transmissió de poder que hi ha del poble als representants per mitjà de l'acord d'aquest poble mitjançant l'acte constituent. Cal tenir clar aquest punt per a veure què és el que pot fer trontollar els fonaments de qualsevol constitució: la manca de relació real entre el poble i el fet d'haver decidit sobre com seria la constitució.
- **Limitar i racionalitzar els poders de l'estat**, atès que defineix les competències de l'estat i atribueix les competències fonamentals a cadascun dels poders públics, els procediments per a prendre decisions, les relacions entre ells i llurs controls. Aquesta funció limitadora dels poders estatals també contribueix a reforçar la legitimació de l'estat perquè, des del punt de vista del liberalisme democràtic, l'objectiu últim de l'estat és la protecció dels drets fonamentals i un dels mitjans per a aconseguir-ho és la divisió i limitació dels poders per tal que uns controlin els altres i assegurin

Lectura recomanada

Víctor Ferreres (2000). «Teoria general de la Constitució». A: Gerpe, M. (coord.). *Dret constitucional I* (pàg. 82-89). Barcelona: UOC.



L'anglès Thomas Paine (1737-1809) va ser un escriptor i divulgador a França i els Estats Units de les idees revolucionàries amb obres com *El sentit comú* (1776), el més famós dels fullets impresos a l'època (que assolí una tirada de mig milió d'exemplars) o *Els drets de l'home* (1791) com a resposta a *Reflexions sobre la Revolució francesa*, d'Edmund Burke.

no només que l'estat no viola drets, sinó que és el que garanteix que es puguin exercir en plenitud.

- **Ordenar la producció jurídica**, com a «norma de les normes», establint els criteris perquè els diversos subjectes puguin produir normes jurídiques. Per tant, la constitució no és només la font de la qual determinats òrgans deriven el seu poder de dictar normes jurídiques sinó que, a més, quan la constitució estableix uns criteris limita el contingut possible de l'ordenament jurídic (certs continguts potencials de l'ordenament poden ser exclosos per les limitacions materials que la constitució pot imposar) i també orienta positivament el contingut de l'ordenament (per l'exigència de satisfer certs objectius que la constitució pot fixar).
- **Fonamentar l'ordre estatal**, ja que la constitució estableix un sistema de valors que són la base i donen sentit a les actuacions dels poders públics. Aquests principis materials inserits en la constitució són un paràmetre per a jutjar si les normes i els actes dels poders públics són contraris a la constitució (i, per tant, són un marc bàsic que actua com a límit) i alhora són uns criteris per a orientar i inspirar l'activitat dels poders constituïts.
- **Transformar la societat**, mitjançant normes finalistes i mandats d'intervenció als poders públics. Aquesta funció és més pròpia de les constitucions-programa o dirigents, que, a més d'establir un estat democràtic, aposten també per un estat de caràcter social.

4.2. Elaboració i reforma de la constitució

4.2.1. L'elaboració de les constitucions

Deixant de banda els pocs casos ja esmentats de constitucions en part no escrites i no codificades en un sol document (com ara les del Regne Unit de la Gran Bretanya o el Canadà), **la constitució s'elabora pel que s'anomena poder constituent, dotat de les característiques teòriques de ser originari** (no derivat de cap altre poder), **il·limitat** (perquè no està condicionat ni formalment ni materialment per cap altre poder), **prejurídic** (és un poder purament fàctic, previ a la constitució i a l'ordenament jurídic que se'n derivarà) i **únic** (s'expressa una sola vegada i el resultat és el text constitucional que serà el fonament dels poders constituïts). És un concepte que s'identifica amb el de **sobirania**, de manera que es considera que qui és sobirà pot exercir el poder constituent, té la capacitat per a fer la constitució. Qui és titular del poder constituent és sobirà i per això elabora la constitució lliurement, com a producte de la seva voluntat. Avui, des de la perspectiva democràtica, el poble és el titular del poder constituent i de la sobirania, com a font de legitimitat dels poders establerts a la constitució.

Les característiques teòriques del poder constituent es poden observar millor en casos com processos revolucionaris o d'independència, en els quals és més fàcil partir de zero (encara que tampoc en aquests casos es parteix mai del no res), però la majoria de vegades hi ha condicionaments fàctics o del seguiment de regles procedimentals que fan que el poder constituent no es pugui expressar amb totes les seves potencialitats i amb el caràcter il·limitat que teòricament se li suposa. En tot cas, és important tenir en compte el procés constituent per tal de valorar el grau de legitimitat inicial del text constitucional que en resulti aprovat.

L'exercici del poder constituent en el marc de l'actual democràcia representativa es porta a terme mitjançant un **procés constituent**, conjunt de procediments i actes mitjançant els quals s'elabora la constitució. No hi ha un únic model de procés constituent, un procés estàndard. **Habitualment les constitucions són elaborades per una assemblea o convenció constituent**, escollida amb aquesta finalitat, que té com a missió exclusiva la discussió i aprovació d'una constitució. Un cop feta la constitució, es dissol i es convoquen noves eleccions per a escollir una assemblea legislativa ordinària (com un dels poders constituïts).

També és habitual convocar un referèndum perquè el poble directament ratifiqui la constitució. Però aquest procediment més habitual (d'assemblea constituent més referèndum popular) ha tingut notables excepcions, com la Llei fonamental de Bonn, elaborada a partir de les instruccions de les forces aliades als *Länder* alemanys, que després recollí una assemblea constituent³; és un cas similar al de la Constitució japonesa del 1947, que també fou aprovada pel Parlament japonès (Dieta), seguint un model que havien elaborat un equip d'experts estrangers durant l'ocupació militar (majoritàriament dels Estats Units) que va venir com a conseqüència de la Segona Guerra Mundial; també són singulars els casos de la Constitució francesa del 1958 (en què el Parlament delegà en el govern del general De Gaulle l'elaboració del text que després es va sotmetre a referèndum) o el de la Constitució espanyola del 1978, que és elaborada en un procés constituent *de facto* en aplicació de la Llei per a la reforma política del 1976 (última de les lleis fonamentals franquistes), per unes corts bicamerals, per acord d'una àmplia majoria de les forces polítiques amb representació parlamentària. Finalment, un cas remarcable d'ús del referèndum és l'italià: l'any 1946, just abans de l'inici del procés constituent, els italians varen ser cridats a les urnes per a dues votacions paral·leles; una era la que va elegir l'Assemblea constituent encarregada de redactar la constitució, i l'altra un referèndum per a triar entre monarquia o república; com que la majoria va optar per la república, l'Assemblea constituent va rebre l'encàrrec de fer una constitució republicana.

⁽³⁾La Llei fonamental de Bonn del 1949 va ser redactada per un Consell parlamentari (nomenat pels governs dels onze estats federats de l'Alemanya Occidental, sota el comandament militar de les zones d'ocupació nord-americana, britànica i francesa), que posteriorment la va aprovar per majoria absoluta (però amb diverses veus en contra, com la del partit comunista o la del Parlament de Baviera), i va ser ratificada pels governadors militars i pels parlaments dels estats federats.

Per tant, tot i que hi ha un marc teòric, les particularitats de la pràctica són molt notables. I el que resulta important és analitzar els diversos elements de cada procés constituent per a valorar en conjunt fins a quin punt es pot considerar que té legitimitat d'origen la constitució que en sorgeixi.

4.2.2. La reforma de les constitucions

La majoria de constitucions tenen vocació de permanència o perdurabilitat i no en preveuen la caducitat. Hi ha una excepció a l'article 146 de la norma suprema alemanya que estableix que la Llei fonamental del 1949 deixarà de regir el dia que entri en vigor una constitució que hagi estat aprovada lliurement pel poble alemany. Amb aquest precepte es subratlla la decisió d'haver adoptat una «lleï fonamental» i no una «constitució», perquè malgrat que sovint s'utilitzen aquests dos termes com a sinònims, els constituents van considerar que la manera en què es va redactar aquest text, sota l'ocupació militar i amb l'absència de representants del sector oriental del país, no permetia elaborar una constitució definitiva, sinó només un text provisional. Tanmateix, el text es va consolidar i actualment regeix per a l'Alemanya reunificada.

Encara que fins avui són poques les constitucions que han aconseguit tenir una llarga vida (malgrat que la majoria tinguin vocació de permanència o perdurabilitat), **totes les constitucions necessiten una evolució progressiva per tal d'adaptar-se als canvis socials i polítics de qualsevol societat lliure.** Si una constitució democràtica en origen s'allunya de la realitat que vol regir i va perdent acceptació popular fins a arribar a xocar amb la voluntat majoritària del poble al qual en principi hauria de servir, aquell text constitucional perd legitimitat (i en perd també l'actuació dels poders públics) i **si no es troba la manera d'adaptar-la de nou als canvis i a les demandes socials, pot acabar generant** més problemes dels que resol i provocant tensions que condueixin no a una reforma (pels procediments previstos), sinó a una **ruptura constitucional**, és a dir, un trencament jurídic que signifiqui un punt i a part respecte de l'anterior règim polític (la substitució global d'un sistema polític per un altre sense seguir els procediments de reforma establerts). Un dels pares fundadors dels Estats Units, Thomas Jefferson, exposà la necessitat que les societats poguessin decidir cada 19-20 anys si volien seguir amb la constitució vigent o canviar-la; es tracta d'una clàusula que hauria de permetre que cada generació pogués actuar amb tota la llibertat pròpia d'un poder sobirà i, per tant, constituent, en lloc d'actuar dins un marc de reforma predeterminat per un poder constituent anterior que relega la societat del moment a un sobirà «descafeïnat» o poder constituent constituït.

Un procediment de reforma constitucional molt complex i difícil, malgrat que pugui semblar que teòricament pot ser un element d'estabilitat, **pot acabar essent un factor de conflicte social** i que acabi comportant inestabilitat. L'estabilitat d'un text constitucional, en principi, es pot considerar positiva perquè pot permetre un millor coneixement popular de la constitució i un major arrelament dels seus valors; però si aquesta estabilitat esdevé no-

Web recomanat

Vegeu la pàgina web de Comparative Constitutions Project.

més formal (perdurabilitat d'un mateix text), perquè és a costa de la pèrdua d'acceptació social i, per tant, de legitimitat, ja no es pot considerar positiva. Si fem un repàs als principals textos constitucionals veurem que **algunes constitucions han estat reformades moltes vegades** (per exemple, unes seixanta la Llei fonamental alemanya del 1949) i **altres molt poques o cap** (com ara la Constitució del Japó, del 1947, que des d'aleshores no ha estat modificada ni una sola vegada). Entremig hi ha països com Irlanda, on, des que s'aprovà l'actual constitució el 1937, ha estat reformada 29 vegades (amb 35 intents de reforma, alguns dels quals no han assolit la majoria suficient per a tirar endavant). Però aquestes dades per si soles no ens indiquen el grau d'eficàcia de les constitucions ni tampoc el nivell de satisfacció dels ciutadans amb la seva norma fonamental, sinó més aviat la flexibilitat del procediment o la cultura política de reforma d'aquella societat.

Tal com remarca Eduardo Espín, **la reforma constitucional no és, però, l'única via d'evolució constitucional, sinó que hi ha un altre procediment més lent i de caràcter progressiu, però no per això menys útil, com és la labor de la jurisprudència constitucional**. Tant als països que han adoptat el sistema europeu o model concentrat de justícia constitucional (amb la introducció dels tribunals constitucionals) com als països que han apostat pel sistema nord-americà o model difús (amb la funció que porta a terme el Tribunal Suprem), models que explicarem en l'apartat següent d'aquest mòdul, **la interpretació de la constitució ha esdevingut d'una indiscutible actualitat i rellevància**. I aquesta interpretació pot ser una via d'actualització dels continguts dels preceptes constitucionals (sovint de naturalesa genèrica o amb una certa ambigüitat o polivalència), que **pot portar a terme també eficaçment la tasca d'adaptació de la constitució a la societat**, que és sempre canviant per la seva pròpia naturalesa.

La modificació formal del text de la constitució correspon al poder de reforma constitucional. El poder constituent, en elaborar la constitució, renunciaria a modificar-la quan i com volgués, de manera que l'atorgaria **al poder de reforma, de revisió, o anomenat també poder constituent-constituït o derivat**. D'aquesta manera, el poder constituent s'autolimita i accepta que la reforma es faci pels òrgans i mitjançant els procediments establerts per ell mateix.

Quan els procediments són iguals que els que s'estableixen per a modificar les lleis ordinàries es parla de **constitucions flexibles**, mentre que quan són específics i generalment més complexos i agreujats es parla de **constitucions rígides**. Així doncs, **la rigidesa constitucional és la característica que té una constitució quan no es pot reformar pel procediment legislatiu ordinari, i és un mecanisme important per a garantir l'estabilitat del text i, per tant, per a assegurar-ne la supremacia normativa**. Avui dia la majoria de constitucions són rígides, a diferència del que va sovintejar al segle XIX a Europa. Irlanda i Dinamarca són els únics països dins de la Unió Europea on és

Lectura recomanada

Eduardo Espín (1994). «La Constitución como norma». A: López Guerra i altres (1994). *Derecho constitucional* (vol. 1, pàg. 50-58). València: Tirant lo Blanch.

Lectura complementària

Eva Pons (2016): «La reforma de la Constitució d'Irlanda de 2015: democràcia deliberativa i canvi constitucional». A: *Eines* (núm. 25, pàg. 52-65).

obligatori sotmetre a consulta popular qualsevol canvi del text constitucional, una característica només compartida dins l'Europa occidental per Suïssa (Eva Pons).

Els teòrics s'han ocupat dels **límits a la reforma de la constitució** i han distingit entre **els límits explícits** (establerts de manera expressa per la mateixa constitució) i **els implícits** (deduïbles de la mateixa norma en la mesura que aquesta conté alguns aspectes que es consideren essencials o bàsics, com ara els drets fonamentals, el principi democràtic o els seus principis estructurals). Uns i altres límits, però especialment els implícits, han estat desenvolupats teòricament i a la pràctica, sobretot a partir de la preocupació que va generar l'experiència dels totalitarismes del període d'entreguerres, i la destrucció que van fer dels textos constitucionals i dels valors democràtics. Per la seva banda, **els límits explícits poden ser temporals i materials**. Aquests darrers s'anomenen també «**clàusules d'intangibilitat**», és a dir prohibicions de reformar determinades matèries o preceptes.

Per exemple, contenen límits temporals (prohibeixen la reforma en un període de temps o sota determinades circumstàncies) la Constitució francesa del 1791 (es prohibia qualsevol reforma fins que haguessin passat quatre anys), la Constitució espanyola del 1812 (vuit anys), la Constitució belga del 1831 (que prohibeix la reforma en períodes de regència), la portuguesa del 1976 (no es pot revisar la Constitució fins que hagin passat cinc anys des de l'última revisió ordinària), o la Constitució espanyola del 1978 (prohibeix iniciar la reforma en temps de guerra i durant la vigència d'alguns dels estats excepcionals). I, en canvi, entre molts altres, podem trobar exemples de clàusules d'intangibilitat a l'art. 79.3 de la Llei fonamental de Bonn (l'organització territorial de l'estat de forma federal o el model d'estat democràtic i social de dret), l'art. 89 de la Constitució francesa del 1958 (prohibeix la reforma quan afecti la integritat territorial o la forma republicana de govern), l'art. 139 de la Constitució italiana del 1947 (prohibeix la reforma de la forma de govern republicana), l'art 110.1 de la Constitució de Grècia del 1975 (no poden ser objecte de revisió la forma del règim polític com a república parlamentària, entre altres matèries), l'art. 281 de la Constitució de Guatemala del 1985 (que estableix com a irreformables la forma republicana de govern, també entre una llista força extensa de matèries) o l'art. 9.2 de la Constitució de Txèquia del 1992 (que no només prohibeix modificar els elements substancials de l'estat democràtic de dret, com trobem a la constitució alemanya, sinó que estén la prohibició a la interpretació de les normes –art. 9.3–, de tal manera que no es podrà fer servir per a eliminar o posar en perill els fonaments de l'estat democràtic).

Per a evitar incloure clàusules d'intangibilitat, **algunes constitucions preveuen dos procediments de reforma constitucional, amb un grau de rigidesa més elevat per a determinades matèries que es consideren fonamentals del sistema polític**. Aquesta opció acostuma a respondre a la convicció que imposar límits materials a la reforma (clàusules d'intangibilitat) no és una barrera eficaç per a impedir canvis polítics, perquè precisament en les qüestions essencials és on, si arriba el cas, l'acció política es pot imposar per sobre de les vies constitucionals, fent inútils les previsions del constituent (Eduardo Espín).

Troblem un exemple d'aquesta opció de dos procediments de reforma a la Constitució espanyola del 1978, en què lògicament no hi ha cap clàusula d'intangibilitat i, per tant, d'acord amb una interpretació literal del text, qualsevol matèria es pot reformar i, fins i tot, seria possible una revisió total del text, això sí, seguint en tot moment el procediment establert. Tanmateix, **s'ha discutit si tot és reformable, atenent la idea dels límits implícits**, ja que,

per exemple, es podria reformar el principi democràtic i això no seria una reforma, sinó una destrucció de la Constitució espanyola. També s'ha discutit si és admissible una reforma de l'art. 168 CE (que conté el procediment agreujat de reforma) mitjançant l'art. 167 (procediment ordinari), ja que si bé no està prohibida, podria significar deixar sense protecció les matèries que el constituent va col·locar en aquell article per a exigir per a la seva reforma unes majories encara més reforçades. En aquest cas i en general, respecte de les clàusules d'intangibilitat als països que en tenen, alguns autors han parlat de la possibilitat de superar aquestes prohibicions mitjançant un procés de reforma en segon grau, és a dir, modificant el precepte que prohibeix la modificació. Però, també hi ha qui considera que això és un frau a allò que estableix la constitució. És un debat jurídic obert, sobre un fons polític (com gairebé sempre en els grans temes del dret, si més no, del dret constitucional).

En qualsevol cas, **les clàusules d'intangibilitat tenen un significat polític important perquè venen a establir allò que es considera el nucli essencial de la constitució, indisponible per al poder de reforma** (i només es podrien canviar en cas d'un procés revolucionari o de ruptura amb la legitimitat constitucional).

A part de les modificacions formals de la constitució (reforma), **també hi poden haver mutacions constitucionals, que són canvis en el sentit del text de la constitució sense que aquesta es modifiqui formalment**. En parlarem a l'apartat «La constitució i la justícia constitucional», quan explicarem les característiques de la interpretació de la constitució.

Jurídicament la rigidesa és, doncs, una protecció per a la constitució mitjançant l'establiment d'un límit per al legislador, límit verificable, a més, mitjançant el control de constitucionalitat de la llei. Sense reforma de la constitució no es podria imposar el control de constitucionalitat de la llei, però sense control de constitucionalitat de la llei el límit que la reforma representa podria ser traspassat sense ser sancionat.

4.3. Les garanties de la supremacia normativa de la constitució. Els models originaris i derivats de justícia constitucional

L'expressió «justícia constitucional» s'utilitza principalment en dos sentits. En un sentit estricte o restringit entenem per justícia constitucional els sistemes de control polític o jurisdiccional de les lleis per a assegurar-ne el respecte a la constitució. En un sentit més ampli també es parla de justícia constitucional incloent-hi no només els mecanismes de control de constitucionalitat de les lleis, sinó també tots els processos de defensa de la constitució, com ara els conflictes entre ens territorials autònoms o entre òrgans constitucionals, la protecció dels drets fonamentals i, fins i tot, el coneixement de les causes contra les altes magistratures de l'estat. En aquest sentit ampli, el concepte de justícia constitucional s'aproximaria bastant al que es va anomenar històricament «defensa de la constitució», que comprèn mecanismes

Lectura recomanada

Víctor Ferreres (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC.

tan diferents com els procediments agreujats de reforma constitucional, la distribució del poder entre diversos òrgans que es controlen recíprocament o la previsió dels estats d'excepció per a circumstàncies de crisi política que amenacin l'ordre constitucional.

Són diverses també les expressions que s'han fet servir per a referir-se a aquestes activitats de garantia de la superioritat normativa de la constitució, encara que no són pròpiament sinònims perquè tenen un abast més o menys ampli. A partir de Carl Schmitt en l'àmbit germànic es va utilitzar primer la definició de *defensa de la constitució* i després la de *justícia constitucional* a partir de la Constitució de Weimar del 1919; a França es va fer servir preferentment el concepte de *control de la constitucionalitat*, mentre que un sector dels juristes italians es refereixen a la *jurisdicció constitucional* o al *procés constitucional*; per als angloamericans la denominació més freqüent és la de revisió judicial de la constitució (*judicial review*).

Però, **tant si ens referim a la justícia constitucional en un sentit ampli com estricte i tant si fem servir aquesta expressió o alguna altra (com a defensa de la constitució, control de constitucionalitat, jurisdicció constitucional o revisió judicial de la constitució), partim d'un mateix fonament: el concepte de constitució com a norma suprema**, perquè si la constitució estableix les condicions formals i materials de validesa de les normes inferiors, és lògic i necessari que s'articulin mecanismes per a reaccionar contra les normes que hagin estat dictades sense respectar aquestes condicions de validesa. Per tant, els diferents sistemes de justícia constitucional són propis dels estats que parteixen del caràcter suprem de la constitució que, com hem vist, avui dia són la majoria dels estats (però no tots) que es poden considerar una democràcia. Així doncs, **l'existència de la justícia constitucional exigeix un pressupòsit previ: la supremacia normativa de la constitució**.

En l'actualitat **alguns països han optat per un control de constitucionalitat de les lleis per un o més d'un òrgan polític i altres per un control jurisdiccional**:

- **Si el control és eminentment polític** també hi ha diverses variants, perquè **aquest control es pot encomanar a diversos tipus d'òrgans**, com ara un òrgan específicament creat per a aquesta funció (com és el cas francès) o una comissió del parlament (com és el cas d'alguns països nòrdics) o pot ser una prerrogativa del cap de l'estat encara que compartida amb altres òrgans (com per exemple a Grècia, Perú, Bulgària, Argentina o Polònia, entre altres, que posen a disposició del cap de l'estat la possibilitat de vetar l'aprovació d'una norma per a evitar una contradicció constitucional).
- **Dins del sistema jurisdiccional també hi ha diverses opcions**, perquè el **control pot estar concentrat en mans d'un sol òrgan** (tribunal constitucional), com a Alemanya, Itàlia o Espanya, **o ser un control difús** (exercit per tots els integrants del poder judicial), com als Estats Units, el Canadà o Austràlia. **I encara hi pot haver sistemes com els mixtos** (que neixen d'una fusió o mixtura d'altres sistemes, com seria el cas del Brasil) **i els duals o paral·lels** (en expressió de García Belaunde), en què el control de constitucionalitat de les lleis ha estat encarregat simultàniament a la juris-

Nota

Com que en l'assignatura «Dret Constitucional» ja s'expliquen els diversos procediments que es poden incloure en un sentit ampli de justícia constitucional, aquí ens centrarem només en l'origen i en les diverses opcions que hi ha dins dels grans sistemes de control de constitucionalitat de la llei.

dicció ordinària i a un tribunal constitucional; és el cas de països com ara Perú, Portugal o Grècia (país que ha optat per un Tribunal Suprem Especial que té una característica que el fa força singular perquè no és un òrgan permanent sinó temporal, de manera que es constitueix cada vegada que apareix un assumpte del qual és competent i es dissol després de resoldre'l).

És important, doncs, tenir present des d'un inici que **hi ha moltes fórmules per a efectuar el control de constitucionalitat de les lleis, i que són fórmules que s'influencien recíprocament i evolucionen.**

És interessant veure com els processos d'integració supranacionals han desembocat en canvis també en aquest àmbit del control de constitucionalitat de les lleis. Així, per exemple, el fet que el Regne Unit sigui part del Consell d'Europa i que el Tribunal Europeu de Drets Humans pugui dictaminar sobre la conformitat de les normes britàniques amb el Conveni Europeu de Drets Humans ha motivat que s'estableixi un control dins del Regne Unit perquè aquest país pugui sobiranament determinar la conformitat i evitar que només des d'Estrasburg es prenguin aquestes decisions. Finlàndia també és un exemple, fruit ara però de la integració dins la Unió Europea, d'establiment de control jurisdiccional en un sistema on hi havia fins fa poc només un control polític.

Però, malgrat **la gran diversitat d'opcions per a efectuar el control de constitucionalitat de les lleis**, les molt nombroses fórmules que avui dia hi ha **es poden agrupar entre tres grans famílies o models originaris i dos models més derivats**. La distinció entre control jurisdiccional concentrat en un sol òrgan o difús en tots els tribunals ordinaris és la característica bàsica que distingeix entre el sistema nord-americà (control difús) i el sistema europeu (control concentrat). A aquests dos sistemes de control jurisdiccional, cal afegir-hi un tercer model no jurisdiccional: el de control polític, com ara el sistema francès confiat en un sol òrgan. Aquests tres models es poden anomenar *originaris* perquè sorgeixen independentment els uns dels altres, sense gaire contacte ni influències recíproques; ara bé, amb el temps els models deixen la seva puresa originària i s'influencien mútuament. Al costat d'aquests tres models originaris n'hi ha altres que podem anomenar derivats, perquè són fruit o conseqüència dels anteriors; sorgeixen per donar resposta a necessitats concretes a diferents països i si ho aconsegueixen és on s'han consolidat. Dins dels sistemes derivats, en situaríem dos tipus: el mixt (que neix fruit d'una mixtura o fusió d'altres sistemes, com, per exemple, el del Brasil) i el dual o paral·lel, que és un sistema en què no hi ha fusió o barreja, sinó que engloba dos o més models, que coexisteixen sense interferències, com seria el cas de la Constitució del Perú.

4.3.1. El sistema nord-americà o model difús de justícia constitucional

La justícia constitucional sorgeix històricament als EUA a partir de la sentència del Tribunal Suprem *Marbury vs. Madison* (1803), quan aquest tribunal estava presidit pel jutge John Marshall. No és la constitució que l'estableix, sinó la pràctica judicial mitjançant l'aplicació de la clàusula de supremacia de la constitució ubicada a l'art. VI del text constitucional. A partir d'aquí i sobre la base de l'*stare decisis* (precedent vinculant o obligatori) que és un dels fonaments del sistema jurídic i judicial dels Estats Units, magistrats com Josep Story o Oliver Wendell Holmes, entre altres, aniran desenvolupant amb més amplitud i sistematicitat el *judicial review* o *control difús de la constitucionalitat de les lleis*.



Seu del Tribunal Suprem dels Estats Units d'Amèrica.

El sistema nord-americà es caracteritza pel fet que **tots els jutges i magistrats poden exercir el control de constitucionalitat de les lleis**; no hi ha un tribunal creat *ad hoc* (específicament) per a realitzar aquest control. Són les parts en un procés judicial les que demanen l'examen de la constitucionalitat de la llei. **Es tracta d'un control incidental**: en el decurs d'un procés principal, alguna de les parts discuteix la constitucionalitat de la llei que el jutge ha d'aplicar, incident que és **resolt pel mateix jutge**. Per tant, aquest **inaplica la llei** en el cas concret (no és un control abstracte de la llei). Així, és possible que un altre jutge arribi a una conclusió diferent si ha d'aplicar la mateixa llei. Com que **els efectes de la decisió són per al cas concret (*inter partes*) no comporten l'anul·lació general**. Pel fet que la verificació de la constitucionalitat d'una llei la porta a terme un jutge que té evidentment una legitimitat democràtica molt menys directa que la del parlament que ha aprovat la llei, en aquest sistema els jutges poden «inaplicar» una llei que considerin que és inconstitucional però no la poden «expulsar» de l'ordenament jurídic. Ara bé, davant d'una perillosa dispersió de decisions judicials, que podrien ser contradictòries, **hi ha dos mecanismes que donen una certa unitat al sistema de control i seguretat jurídica**: el principi de l'*stare decisis* mitjançant el qual els jutges resten vinculats al precedent, i l'**existència d'una instància suprema i unificadora que és el Tribunal Suprem**, les decisions del qual han de ser acceptades per tots els òrgans judicials inferiors. Tanmateix, i per acabar d'equilibrar el sistema, els tribunals i especialment el TS habitualment procuren evitar el màxim possible les qüestions pròpiament polítiques i, per tant, també redueixen els casos d'interpretació constitucional en què el que es planteja és un element clarament polític (*self-restraint*).

4.3.2. El sistema europeu o model concentrat de justícia constitucional

El sistema europeu (també denominat austríac o kelsenian) es desenvolupa posteriorment, un cop ja entrat el segle XX, després de la Primera Guerra Mundial, principalment gràcies a Hans Kelsen⁴. Les primeres concrecions varen ser pràcticament simultànies a Txecoslovàquia (febrer del 1920) i Àustria (octubre del 1920), i poc temps després a la Constitució de la Segona República Espanyola (1931).

Però, a Txecoslovàquia pràcticament no va funcionar (va emetre una sola sentència abans de ser dissolt) i el Tribunal de Garanties constitucionals espanyol que es constituí el 1933 va ser avortat pel cop d'estat franquista del 1936. En canvi, el Tribunal Constitucional austríac va ressorgir després de finalitzar la Segona Guerra Mundial, quan aquest país va reprendre la seva Constitució del 1920 i les seves institucions democràtiques, i funciona des de llavors. D'aquí la seva importància no només teòrica sinó també històrica i pràctica que els altres dos no tenen.

⁽⁴⁾Hans Kelsen (1881-1973) rebé l'encàrrec de dissenyar la que finalment fou la constitució austríaca del 1920, però no és tècnicament la que conté el primer tribunal constitucional. La Constitució de Txecoslovàquia, també del 1920, la va precedir alguns mesos i es va ocupar del control concentrat de la constitucionalitat segons les línies mestres traçades per Kelsen.

En el sistema concentrat, el tribunal constitucional, que pot formar part del poder judicial –com a Alemanya– o no formar-ne part (com és el cas espanyol), **tindrà el monopoli del control de constitucionalitat de les lleis**. Aquest control es farà **en un procés autònom i específic, de manera abstracta**, amb independència de l'aplicació pràctica de la llei. Només hi poden accedir determinats subjectes, òrgans polítics (cap d'estat, govern, parlament), i **els efectes de la decisió són *erga omnes***, és a dir generals, atès que **comporten la nul·litat** dels preceptes declarats inconstitucionals. El tribunal constitucional es configura com a «legislador negatiu», perquè la nul·litat dels preceptes declarats inconstitucionals comporta l'expulsió de l'ordenament jurídic (perquè mai no n'haurien hagut de formar part perquè no es poden considerar normes vàlides). Aquest sistema fou complementat a partir de la reforma de la Constitució austríaca el 1929 amb la possibilitat que els jutges instessin el control de constitucionalitat, en una via indirecta, que s'incorporà al model inicial en les constitucions més importants aprovades en la segona postguerra, a Alemanya i a Itàlia, que són en les quals més es va inspirar la Constitució espanyola del 1978.

4.3.3. El sistema francès o model de control polític

El model francès és un dels més rellevants entre els que opten per un control de constitucionalitat de la llei no jurisdiccional, sinó polític. Aquest sistema de control polític neix i es desenvolupa amb les primeres constitucions franceses (1799 i 1852), després s'afirma durant el segle XIX i reapareix a diversos països d'Amèrica del Sud per exemple i, de manera destacada, en la Constitució estalinista del 1936, que tindrà gran influència en les constitucions que s'inspiraren en la soviètica.

El sistema francès actual **confia aquest control en exclusiva a un òrgan polític**, el Consell Constitucional (Conseil Constitutionnel), creat per la Constitució del 1958 (Títol VII, art. 56 a 63); en són membres amb caràcter vitalici els

expresidents de la República i nou membres més amb un mandat de nou anys escollits pels presidents de la República, de l'Assemblea Nacional i del Senat (cada un d'ells n'elegeix tres). Tot i la seva composició marcadament política, avui dia emet dictàmens de contingut i estructura propis d'una sentència. El Consell Constitucional **actua** al final del procediment legislatiu i **just abans de l'entrada en vigor de la norma**, de manera que s'evita la introducció de normes inconstitucionals en l'ordenament jurídic. Es pronuncia a instància d'altres òrgans de l'Estat, característica que comparteix amb els altres dos grans models (el nord-americà i l'uropeu). Es tracta d'un sistema basat en la rígida aplicació de la divisió de poders i d'extrema desconfiança cap als jutges, als quals prohibeix formalment enjudiciar la constitucionalitat de les lleis.

Aquest esquema inicial s'ha de complementar amb el que va comportar la reforma constitucional del 2008 que confereix al Consell Constitucional, entre altres facultats, la d'exercir el control de constitucionalitat en ocasió de l'aplicació de la llei en litigis concrets per a contravenir drets i llibertats constitucionals, és a dir, s'atorga per primer cop (malgrat que hi havia hagut anteriors intents fallits) un control de la llei *a posteriori*, amb la possibilitat d'abrogar la disposició declarada inconstitucional i amb possibilitats de modular els efectes temporals amb ampli marge de disposició dels efectes de les seves decisions, que l'apropa amb més intensitat a la concepció tradicional dels tribunals constitucionals.

Aquests tres models que inicialment són contraposats (jurisdiccional/polític, i entre els dos jurisdiccional, un difús, incidental i amb control concret, i l'altre concentrat, directe i amb control abstracte) han evolucionat cap a una certa convergència, especialment els de control jurisdiccional; així, per a Manuel Aragón, si actualment hi ha **un tret que pot caracteritzar l'expansió de la justícia constitucional és, sens dubte, la «relativització» de les diferències entre els models originaris de control de constitucionalitat**.

Així, per exemple, en el model dels Estats Units el principi de l'*stare decisis* per a molts autors ha significat que el Tribunal Suprem cada vegada s'assembli més a un autèntic tribunal constitucional (encara que no tingui aquest nom ni tampoc es trobi fora del poder judicial); per la seva banda, l'aproximació del model europeu o concentrat al sistema difús nord-americà ja va començar amb la reforma de la Constitució austríaca del 1929 que, com ja s'ha apuntat, va establir un control per via incidental en permetre que els tribunals suprems en matèria civil, penal i administrativa poguessin plantejar davant el Tribunal Constitucional una qüestió d'inconstitucionalitat sobre un precepte d'una llei i, per tant, un precepte situat en un determinat context i aplicat a un cas concret (d'aquesta manera s'estenia la *competència de comprovació* de la compatibilitat de les lleis amb la Constitució, però es mantenia la *competència de rebuig* concentrada en el TC). També es pot observar aquesta confluència quan alguns tribunals constitucionals per mitjà del procediment d'emparament de drets fonamentals arriben a jutjar la constitucionalitat d'una llei perquè consideren que és la que vulnera un dret fonamental, perquè jutgen de manera semblant a com ho fan els jutges de la jurisdicció ordinària valorant els fets i, per tant, portant a terme un control concret de la norma. A més, si el recurs d'emparament accionat per un recurrent pot acabar servint indirectament per a jutjar la constitucionalitat d'una llei, això també acosta en certa mesura aquest sistema al control difús que està en mans de qualsevol part d'un judici.

També cal tenir present que ha evolucionat el postulat kelsenian que limitaria el paper del TC a una funció de legislador negatiu, perquè alguns tribunals constitucionals realitzen una funció propera a la d'un legislador positiu (Rubio Llorente) quan innoven continguts interpretatius de la llei amb les denominades sentències interpretatives, quan transformen el sentit d'un precepte per mitjà de les sentències manipulatives, o bé exerceixen

labors paralegislatives, com succeeix en les sentències additives (el tribunal afegeix un precepte en declarar la inconstitucionalitat d'una omisió del legislador).

D'altra banda, hi ha alguns països on la concreció de la seva justícia constitucional és difícil d'encabir en un o altre model perquè presenten alguns elements o característiques d'un altre sistema al qual teòricament pertanyen, i no només els països que han adoptat un sistema mixt (com el Brasil) o dual o paral·lel (com el Perú). Per tant, malgrat que pugui resultar útil per a una millor conceptualització mantenir aquesta classificació en tres grans sistemes originaris i dos més de derivats, cal tenir present que les opcions concretes que han adoptat les constitucions avui dia són molt variades, fruit d'una decisió del poder constituent que com veurem al mòdul 3 és de les més importants que ha de prendre (juntament amb la decisió sobre la forma d'estat, la forma de govern o l'organització territorial).

Com escullen els constituents la fórmula de la seva justícia constitucional? En general hi ha diversos factors que hi tenen incidència, però sovint la influència d'altres països i sobretot el seu passat polític (que comporta una cultura política i jurídica) són els factors més rellevants.

Així, per exemple, en bona part dels països llatinoamericans es va adoptar inicialment un control polític (que encarregava al parlament la salvaguarda de la constitució) perquè s'inspiraren en algunes constitucions franceses (del període revolucionari i del posterior) i en la Constitució espanyola del 1812, quan s'independitzaren de l'imperi espanyol, en lluita amb França; un control polític que també adoptaren països de l'est d'Europa per influència soviètica. O, més recentment, a Sud-àfrica, per exemple, va confluïr una forta influència anglosaxona amb la del dret continental portat pels bòers, que va generar un sistema normatiu amb elements propis del *common law* i del sistema europeu continental, que instaurà un tribunal constitucional molt actiu i de gran transcendència en el procés de transició cap a la democràcia.

Però, l'element més rellevant acostuma a ser la tradició jurídica i la cultura política; així, per exemple, com assenyalen Fossas i Pérez Francesch, el sistema nord-americà de control de constitucionalitat de les lleis s'ha d'entendre en el context de les concepcions polítiques i jurídiques pròpies d'aquell país, i és a partir de les idees nord-americanes sobre la constitució, la sobirania, la llei i la divisió de poders que es pot arribar a entendre la possibilitat que els jutges ordinaris puguin fiscalitzar la llei, entesa com a decisió dels representants del poble; i és també a partir d'una determinada concepció del dret, vinculada al sistema jurídic del *common law*, que s'ha de comprendre el valor de les decisions judicials (*case law*) enfront de les normes abstractes (*civil law*).

D'altra banda, la confiança o desconfiança cap al poder legislatiu o el judicial és un factor rellevant en alguns estats. Així, alguns països escandinaus tenen un control de constitucionalitat en seu parlamentària, entre altres motius, perquè en aquest països hi ha una forta confiança en el poder legislatiu (es confia que el parlament no legislarà per tal de trencar l'ordre constitucional), mentre que a la base del sistema de control polític de França (que actualment monopolitza el Consell Constitucional) el que hi ha és una tradició de desconfiança cap als jutges. A França aquest recel arrenca amb la revolució del 1789, quan els jutges i magistrats en bona part provenien de l'aristocràcia (no hi ha aquesta desconfiança cap al legislador perquè fou un poder conquerit per la burgesia); aquesta desconfiança cap al jutge fou propagada per il·lustrats com Montesquieu que consideraven que el jutge només podia ser *la bouche de la loi* (la boca de la llei), fent referència al fet que havien de cenyir-se a la interpretació del que deia el text de la llei.

En canvi, el sistema jurisdiccional concentrat, que sorgeix en el període d'entreguerres, s'estén per Europa després de la Segona Guerra Mundial, entre altres raons, per procurar que no es repetissin aquells règims totalitaris vençuts, buscant mecanismes jurídics que enfortissin l'estat de dret i la democràcia i intentant que el poder polític estigués sotmès a un sistema de control establert constitucionalment (amb un tribunal constitucional

guardià de la carta fonamental davant els actes del legislador); i així el tribunal italià emergeix després de la caiguda del règim feixista de Mussolini, i el tribunal alemany s'instal·la en un context de rebuig al nazisme, i el mateix va passar després del franquisme amb la Constitució espanyola del 1978, en què tot i que la confiança inicial amb el poder judicial era mínima, l'entrada en vigor de la Constitució no va comportar la destitució de cap jutge ni magistrat, quan tots s'havien format professionalment en el franquisme i hi havien col·laborat com a funcionaris.

4.4. La interpretació de la constitució i de l'ordenament jurídic conforme a la constitució

La interpretació d'una norma jurídica és l'activitat que té com a resultat la determinació del contingut de la norma. L'objectiu de la interpretació és assolir l'enunciat precís de la norma jurídica. Per a poder ser aplicades, totes les normes jurídiques han de ser interpretades pels operadors jurídics (com són els particulars, advocats, funcionaris o jutges). Les constitucions, també. **Tots els criteris interpretatius habituals per a determinar el contingut de les normes poden i han de ser aplicats per a interpretar les constitucions** (criteri gramatical, sistemàtic, històric, teleològic i sociològic); **la diferència s'ha de trobar en el caràcter de la constitució, que és una norma qualitativament diferent de les altres normes de l'ordenament jurídic. Una diferència important entre una constitució i la resta de normes està en el més alt grau de generalitat i abstracció que generalment caracteritzen la constitució.** Així, per exemple, **la vaguetat semàntica és una característica de la Constitució espanyola del 1978.**



Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) va ser un jurista alemany, de l'escola històrica de dret alemany. En el seu *Sistema del Dret Romà actual* va estructurar dogmàticament els criteris d'interpretació utilitzats pels jutges en aplicar les lleis en quatre grans elements (gramatical, lògic, històric i sistemàtic) i les seves categories teòriques van esdevenir una de les bases de la dogmàtica jurídica moderna.

La mateixa naturalesa de constitució comporta que una gran part dels seus preceptes tinguin una estructura principal. **A l'hora d'interpretar una constitució, cal tenir en compte que habitualment té una estructura normativa interna complexa**, és a dir, està integrada per normes concretes que poden ser aplicades directament per un jutge, però també per preceptes molt oberts, molt principals. Normalment les constitucions configuren el legislatiu com un poder lliure, que no executa el text constitucional, sinó que actua amb llibertat dins els límits establerts per la constitució. La interpretació constitucional ha de partir del fet que correspon al legislador la lliure determinació de les lleis, que no estan regides per la necessitat de completar o desenvolupar la constitució, sinó per l'imperatiu de no contradir-la (Ignacio de Otto).

El mètode d'interpretació de la constitució parteix d'un supòsit diferent del mètode d'interpretació de les altres normes jurídiques. No es tracta tant d'arribar a un contingut unívoc i concret de la norma constitucional, sinó simplement d'excloure les interpretacions de les normes que li siguin contràries. El raonament jurídic és, per tant, diferent (Javier Pérez Royo).

Així, l'objectiu de la interpretació constitucional és definir el marc dins del qual s'expressa vàlidament el pluralisme, per tal de permetre que una societat canviant, per mitjà de majories polítiques, determini els continguts de la constitució, que no són ni unívocs ni estàtics.

La jurisprudència constitucional porta a terme una important tasca interpretativa de la constitució i de les lleis. **El tribunal constitucional** (als estats amb un sistema concentrat de justícia constitucional) o **el tribunal suprem** (als països amb un sistema difús) és **l'interpret suprem de la constitució**, tot i que no l'únic. Les declaracions interpretatives mitjançant les seves sentències tenen un gran valor perquè s'imposen a la resta de poders començant pel poder judicial ordinari.

Finalment, a l'hora d'interpretar una constitució, cal tenir present que **la finalitat de la interpretació jurídica consisteix a esbrinar el sentit de la norma, no el propòsit conscient de l'autor**: un cop nascuda, la norma adquireix vida pròpia i es converteix en independent del seu autor (Isidre Molas). Per tant, **es tracta d'interpretar la voluntat de la constitució i no la voluntat del constituent** (que sovint és difícil d'establir perquè és una obra col·lectiva). Tanmateix, **sovint la voluntat i els motius del constituent es recullen en el preàmbul** de les constitucions i són un argument interpretatiu (argument psicològic) i **poden proporcionar criteris importants per als arguments teleològic o històric**. Els corrents doctrinals originalistes, en la mesura que subratllen el caràcter de la constitució com a pacte, atorguen un gran valor al poder constituent i, per tant, a la intenció d'aquest poder originari a l'hora de redactar la norma constitucional. Ara bé, el respecte a la literalitat i a una versió originalista ha de ser matisada pel reconeixement de la coincidència d'una pluralitat de voluntats i per l'atenció que la constitució és una realitat viva en la seva comprensió i aplicació i, per tant, subjecte a evolució.

D'altra banda, de la supremacia normativa de la constitució es deriva el principi que **tot l'ordenament ha de ser interpretat conforme a la constitució**. **Aquest principi comporta que les lleis i els reglaments han de ser considerats constitucionals sempre que una de les interpretacions possibles pugui ser considerada conforme a la constitució**.

Per tant, el jutges, en el moment d'interpretar les lleis, han de fer un **judici d'adequació constitucional**: han de buscar una interpretació de la llei que sigui conforme a la constitució. Si no troben ni una sola interpretació de la llei compatible amb la constitució han d'inaplicar la llei al cas concret (en el sistema de control difús) o han de preguntar al tribunal constitucional per tal que sigui aquest que decideixi (en el sistema europeu o de control concentrat). En aquest últim sistema hi ha dues possibilitats: si el tribunal constitucional troba una interpretació possible de la llei que no contradigui la constitució, la llei continuarà essent vàlida (principi de conservació de la norma, basat en el principi democràtic –el poble escull el legislador i no els jutges–), i el



Un clar exponent de l'originalisme en la interpretació de la Constitució dels Estats Units fou el jutge del Tribunal Suprem d'aquell país Antonin Scalia (1936-2016).

jutge ordinari l'aplicarà; però, si el tribunal constitucional no troba ni una sola interpretació de la llei que sigui compatible amb la constitució, la declararà invàlida i aquella norma s'ha d'expulsar de l'ordenament jurídic.

La interpretació de les normes conforme a la constitució és un reflex de la supremacia constitucional dins de l'ordenament jurídic. De fet, és la base del sistema; serveix per a tancar el model.

Finalment, cal fer esment a les **mutacions constitucionals**, que són **canvis en el sentit del text de la constitució sense que aquesta es modifiqui formalment**. Aquestes modificacions es produeixen per la pràctica política o el funcionament real dels poders públics, per vies diverses, com ara la pràctica jurisprudencial, per costums, per convencions o acords.

De mutacions, n'hi ha de molts tipus: pràctiques que no estan previstes a la constitució (el control de constitucionalitat de les lleis als Estats Units), pràctiques oposades a la constitució (el mandat imperatiu que exerceixen els partits polítics sobre els representants, per exemple, en el cas espanyol), el desús de determinades competències (el dret de veto del rei en determinades monarquies parlamentàries, com Anglaterra), canvi de sentit dels preceptes constitucionals (com la clàusula de comerç als Estats Units, que la jurisprudència ha considerat sempre de competència de la federació, o l'art. 32.1 de la Constitució espanyola que on deia que l'home i la dona tenen dret a contreure matrimoni s'ha entès com el dret de dues persones a contraure matrimoni) o acords sobre pràctiques polítiques no previstes a la constitució (a la Constitució italiana es considera que el vot negatiu del Parlament al projecte de llei de pressupostos equival a una moció de censura). En tots aquests casos es tracta de processos interpretatius del text constitucional que persegueixen l'adaptació a les noves circumstàncies sense haver de recórrer a la reforma formal de la constitució.

Resum

En aquest mòdul s'ha estudiat l'origen i evolució de l'estat, com a instrument de poder sobirà sobre un poble i en un territori. Així, en un sentit ampli, hem definit l'estat com a grup social jurídicament organitzat format per una comunitat estable de persones, assentada en un territori i dotada d'un poder sobirà. També s'ha analitzat el concepte de constitució i de constitucionalisme, tot destacant-ne les teoritzacions i processos revolucionaris que donaren com a conseqüència l'aparició d'un estat nou, oposat en la seva dinàmica i estructura a l'estat absolutista, l'estat constitucional, derivat de processos revolucionaris com ara les revolucions angleses del final del segle XVII, la nord-americana del 1776 i la francesa del 1789. Des d'aleshores es consagrà un nou instrument de limitació del poder que s'anomenarà constitució; un text articulat en el qual es plasmaran els principis bàsics del liberalisme, com la divisió de poders i la proclamació dels drets del ciutadà. No obstant això, el constitucionalisme original, derivat dels esmentats processos revolucionaris, està molt lluny d'assemblar-se al constitucionalisme que serveix de base als actuals estats, més evolucionats en aspectes com ara la garantia dels drets de les persones, la regulació en dret dels processos polítics, el sufragi universal o el control de constitucionalitat de les lleis. El segle XX comportarà el pas del constitucionalisme liberal al constitucionalisme democràtic, amb importants avenços després de les dues guerres mundials. A partir d'aleshores es donà també una extensió del constitucionalisme propiciat pel procés de descolonització.

També s'ha analitzat el concepte normatiu de constitució, la matèria pròpia de les constitucions i les seves funcions, l'elaboració i reforma dels textos constitucionals, amb referència al poder constituent i el poder de reforma, i s'ha explicat la importància de la justícia constitucional, com a instrument de garantia del caràcter normatiu i suprem de la constitució, atribuït als tribunals ordinaris (sistema difús) o a un tribunal *ad hoc*, el tribunal constitucional (sistema concentrat) o a un òrgan polític (com en el cas francès).

Per acabar s'ha explicat que tots els criteris interpretatius habituals per a determinar el contingut de les normes poden i han de ser aplicats per a interpretar les constitucions; però, una diferència important entre una constitució i la resta de normes de l'ordenament jurídic rau en el més alt grau de generalitat i abstracció que en general caracteritzen la constitució. Una altra diferència que cal tenir en compte és que el mètode d'interpretació de la constitució parteix d'un supòsit diferent del mètode d'interpretació de les altres normes jurídiques. No es tracta tant d'arribar a un contingut unívoc i concret de la norma constitucional, sinó simplement d'excloure les interpretacions de les normes que li siguin contràries. En conseqüència amb la supremacia normativa de la constitució, hem vist que tot l'ordenament ha de ser interpretat conforme a ella, i aquest principi comporta que les lleis i els reglaments han de ser consi-

derats constitucionals sempre que una de les interpretacions possibles pugui ser considerada conforme a la constitució. També hem destacat l'important paper de la jurisprudència constitucional en la configuració del dret constitucional i el seu caràcter d'interpretació suprema, que no vol dir única, del text constitucional.

Activitats

1. Argumenteu per què l'afirmació següent es pot considerar vàlida avui dia o ja no: «L'estat es caracteritza per tenir uns òrgans despersonalitzats, una administració pròpia, unes fronteres determinades, unes lleis que s'apliquen a un àmbit territorial, un exèrcit permanent (o una política de defensa) i una hisenda pròpia i una política d'aranzels».
2. Busqueu i llegiu la Declaració d'independència dels Estats Units d'Amèrica (4 juliol de 1776) i identifiqueu-ne els fonaments ideològics del constitucionalisme que teniu explicats en el present mòdul didàctic.
3. Argumenteu a favor o en contra de l'afirmació següent: la ruptura jurídica d'un sistema polític no es pot considerar positiva o negativa, sinó que dependrà de quin sigui el règim del qual es parteix i el que es creï de nou, i de la forma en què es faci la transició.
4. Exposeu elements a favor i en contra de l'existència de «clàusules d'intangibilitat» a les constitucions.
5. Exposeu avantatges i inconvenients de la rigidesa constitucional, i argumenteu quina podria ser la justificació que fa que la voluntat de la generació present (expressada en les lleis del parlament democràticament elegit) hagi d'estar vinculada a decisions polítiques preses per generacions del passat? Per què la voluntat de la generació passada ha de prevaldre sobre l'actual? Per què una constitució aprovada en el passat s'ha d'imposar a un parlament elegit democràticament avui?
6. Exposeu les diferències entre els conceptes de constitució-procés i de constitució-programa o dirigent. Poseu alguns exemples presos de la Constitució espanyola del 1978.
7. Analitzeu les funcions de «legislador positiu» i de «legislador negatiu» a l'hora d'interpretar la constitució.
8. Exposeu les principals diferències i similituds entre el model concentrat i el difús de justícia constitucional.

Exercicis d'autoavaluació

1. Segons Loewenstein, les constitucions que són observades i aplicades s'anomenen:
 - a) semàntiques
 - b) nominals
 - c) normatives
 - d) rígides
2. La formació i consolidació de l'estat modern varen ser paral·leles:
 - a) a la institucionalització del poder sota la forma de monarquies absolutes
 - b) a la configuració del poder sota repúbliques satèl·lits
 - c) al feudalisme
 - d) a la desaparició de les monarquies absolutes
3. El concepte de constitució flexible o rígida fa referència a:
 - a) si són producte d'un procés revolucionari
 - b) les rígides són producte de l'antic règim i les flexibles de la Revolució Francesa
 - c) si es tracta d'una monarquia o una república
 - d) la facilitat més o menys gran de la seva revisió o reforma
4. Les cartes atorgades, freqüents al segle XIX, varen ésser:
 - a) producte d'un acte formalment voluntari del rei, mitjançant el qual s'autolimitava els poders
 - b) producte d'un pacte entre el rei i el parlament, per tal de garantir la supremacia d'aquest darrer
 - c) producte d'un pacte entre el rei i el parlament, que assegurés la supremacia del primer
 - d) són constitucions democràtiques que el poble s'atorga a si mateix

5. Tot sistema constitucional implica, en rigor:

- a) un règim de limitació del poder polític consagrat en un únic text
- b) la divisió dels poders públics i el reconeixement dels drets dels ciutadans
- c) la llibertat absoluta dels ciutadans com a cos electoral
- d) el domini de la majoria sobre la minoria de manera jurídicament incondicionada, però políticament responsable

6. El control de constitucionalitat de les lleis:

- a) es va iniciar amb les constitucions estamentals
- b) va ser ideat principalment per Kelsen
- c) es va inspirar en la divisió de poders de Locke
- d) es va iniciar als Estats Units d'Amèrica

7. Són fonaments teòrics del constitucionalisme:

- a) l'absolutisme, el contractualisme, el racionalisme
- b) el contractualisme, el racionalisme, el liberalisme
- c) el racionalisme, el legalisme, el principi de dependència normativa
- d) el contractualisme, el racionalisme, el marxisme

8. Liberalisme i democràcia són conceptes:

- a) sinònims
- b) excloents
- c) diferents
- d) relatius

9. La idea de constitució en sentit material:

- a) parteix del supòsit que allò que defineix les normes constitucionals és el seu contingut
- b) s'identifica amb la constitució formal
- c) no afegeix res al concepte de constitució
- d) coincideix plenament amb el text de la constitució

10. En un sistema de control difús, la constitucionalitat de les lleis s'atribueix:

- a) al tribunal constitucional
- b) als jutges i tribunals ordinaris del país
- c) als magistrats del Tribunal Penal Internacional
- d) al consell general del poder judicial

11. En un gran nombre de textos constitucionals es pot distingir:

- a) una part translativa del poder i una segona més funcional
- b) preceptes ordenats i altres translatius
- c) una part organitzativa i una altra semàntica
- d) una part orgànica i una altra dogmàtica

12. A més de l'ordenament jurídic, quins són els elements constitutius de l'estat?

- a) nació, poble i govern
- b) territori, poble i poder sobirà
- c) nació, poble i municipi
- d) poder sobirà, nació i població

13. La interpretació de la constitució:

- a) només la pot portar a terme el tribunal constitucional o el tribunal suprem, segons si és un país de control concentrat o difús de la constitucionalitat de les lleis

- b) l'ha de fer qualsevol operador jurídic que l'apliqui
- c) només es pot fer d'acord amb un criteri literal i originalista
- d) no és possible perquè s'ha d'aplicar sense interpretar

14. Les mutacions constitucionals:

- a) són reformes de la constitució fetes seguint el procediment previst a la mateixa constitució
- b) són canvis en el sentit del text de la constitució sense que aquesta es modifiqui formalment
- c) no existeixen en els sistemes democràtics actuals
- d) són el mateix que les denominades clàusules d'intangibilitat

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. c
2. a
3. d
4. a
5. b
6. d
7. b
8. c
9. a
10. b
11. d
12. b
13. b
14. b

Glossari

CE *f* Constitució espanyola del 1978.

constitució *f* Text jurídic format per les normes jurídiques supremes de l'estat, relatives a l'organització del poder polític i a la garantia dels drets i llibertats dels ciutadans.

constitucionalisme *m* Moviment ideològic i polític que neix lligat als principis liberals i que arriba fins als nostres dies incorporant-hi la filosofia democràtica, el qual comporta l'elaboració de textos constitucionals.

elements constitutius de l'estat *m pl* Segons la doctrina, són aquells sense els quals teòricament l'estat no pot existir o no té sentit: l'ordenament jurídic, el poder sobirà, el poble i el territori.

estat *m* Forma d'organització política que es desenvolupa a Europa des del Renaixement fins als nostres dies i que ha esdevingut la principal forma d'organització política contemporània. És la forma d'organització política en què un grup social s'organitza jurídicament, s'assenta en un territori i es dota d'unes institucions de govern amb un poder sobirà, que reivindica amb èxit un doble monopoli, el de la coacció física legítima i del reconeixement del dret.

estat liberal *m* Forma d'estat que s'implantà arran de les revolucions liberals caracteritzat per la distinció i la no confusió entre estat i societat, entre l'àmbit del poder i el de la llibertat. L'estat havia d'abstenir-se d'intervenir en la vida social i econòmica de les persones. El seu criteri inspirador fou la garantia de la llibertat individual, per la qual cosa es desenvolupà el constitucionalisme i s'aprovaron textos constitucionals que organitzaren l'estat segons la separació dels poders i la protecció dels drets fonamentals.

interpretació constitucional *f* Mecanisme mitjançant el qual els operadors jurídics cerquen, després d'argumentació, el sentit de les expressions contingudes a les normes i principis constitucionals. Com a part de la interpretació jurídica es poden aplicar diversos criteris (textual, finalista, originalista, etc.).

jurisprudència *f* Doctrina que es desprèn de les *ratio decidendi* de reiterades sentències dels tribunals d'última instància sobre una mateixa matèria i un mateix supòsit.

justícia constitucional *f* És un instrument de garantia del caràcter normatiu i suprem de la constitució, atribuït als tribunals ordinaris (sistema difús) o a un tribunal *ad hoc*, el tribunal constitucional (sistema concentrat), o un òrgan polític (com en el cas francès).

LRP *f* Llei per a la reforma política del 1976, darrere de les lleis fonamentals del franquisme, que va permetre la transició política i les eleccions del 15 de juny de 1977, de les quals sorgiren les Corts, que, *de facto*, esdevingueren constituents.

matèria constitucional *f* Contingut propi de les constitucions, en què hi ha necessàriament la delimitació de l'exercici del poder polític mitjançant el principi de la separació de poders i la garantia dels drets i llibertats de les persones. A aquest contingut «irrenunciable» es pot afegir l'existència de principis definitoris del sistema polític instaurat i les clàusules de la reforma constitucional.

ordenament jurídic estatal *m* Conjunt ordenat, coherent i complet de les normes jurídiques vàlides i vigents en un estat, que constitueix, regula i expressa l'estat.

part dogmàtica de la constitució *f* Part relativa a la garantia dels drets i llibertats, i a l'establiment dels principis polítics que inspiren la vida política i social.

part orgànica de la constitució *f* Part del text constitucional relativa a l'organització i funcionament dels poders constituïts de l'estat.

poder constituent *m* Poder teòricament originari, il·limitat, prejurídic i únic que efectivament fa la constitució i delimita els poders constituïts. És el titular de la sobirania; des de la perspectiva democràtica, el poble.

reforma de la constitució *f* Procediment establert a la mateixa constitució mitjançant el qual es pot procedir al canvi d'una part del seu text, seguint normalment unes pautes més rígides i dificultoses que no pas per a la reforma d'una llei qualsevol.

rigidesa constitucional *f* Característica que té una constitució quan no es pot reformar pel procediment legislatiu ordinari.

ruptura constitucional *f* Canvi polític que es produeix sense seguir les previsions constitucionals de reforma i, per tant, es produeix una solució de continuïtat entre els dos règims successius, amb intervenció del poder constituent originari en la creació del segon.

separació de poders *f* Principi que inspira des dels seus orígens l'estat constitucional. És un principi segons el qual cal aconseguir la limitació del poder de l'estat i amb aquesta finalitat s'entén que el poder frena el poder. La formulació clàssica és la separació entre executiu, legislatiu i judicial, en un sistema d'equilibris, frens i contrapesos.

sobirania *f* Concepte que expressa el màxim poder que es pot exercir jurídicament, en el sentit que no en té un altre per damunt, tant cap a l'exterior (independència) com cap a l'interior de la comunitat política (supremacia). Atribut que es predica de l'estat i que comporta una reivindicació de la màxima capacitat de decisió en tots els ordres de la vida pública.

STC *f* Sentència del Tribunal Constitucional.

TC *m* Tribunal Constitucional.

tribunal constitucional *m* Òrgan jurisdiccional que exerceix el monopoli del control de constitucionalitat de les lleis, en els sistemes de justícia constitucional concentrada, com l'Estat espanyol.

Bibliografia

1) Sobre sistema polític, sistema social i legitimitat

Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. Madrid: Editorial Trotta.

Bouza-Brey, L. (2005). «El poder y los sistemas políticos». A: Caminal Badia, M. (ed.). *Manual de ciencia política*. Madrid: Tecnos.

Duverger, M. (1988). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel.

Hobbes, Th. (2009). *Leviatán*. Madrid: Alianza.

Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Parsons, T. (1982). *El sistema social*. Madrid: Alianza editorial.

Rawls, J. (2010). *Una teoría de la justicia*. Barcelona: Accent editorial.

Rousseau, J. J. (1988). *El contrato social o principios de derecho político*. Madrid: Tecnos.

Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura de Cultura Económica.

2) Sobre el concepte i evolució de l'estat

Acosta Sánchez, J. (1989). *Teoría del Estado y fuentes de la Constitución*. Còrdova: Universidad de Córdoba.

Crossman, R. H. S. (1986). *Biografía del Estado moderno*. Mèxic: Fondo de Cultura Económica.

García Pelayo, M. (1985). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.

González Casanova, J. A. (1984). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Barcelona: Vicens Vives.

Kriele, M. (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma.

Molas, I. (2008). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.

Sabine, G. H. (1965). *Historia de la teoría política*. Mèxic: FCE.

Vallespín, F. (ed.) (1995). *Historia de la Teoría Política, 2*. Madrid: Alianza editorial.

3) Sobre la constitució i el constitucionalisme

Aragón Reyes, M. (coord.) (2001). *Temas básicos de derecho constitucional (vol. I)*. Madrid: Civitas.

Blanco Valdés, R. (2010). *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*. Madrid: Alianza.

Dippel, H. (2009). *Constitucionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons.

Fioravanti, M. (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Tecnos.

Fossas, E.; Pérez Francesch, J. L. (1994). *Lliçons de Dret Constitucional*. Barcelona: Enciclopèdia Catalana.

García de Enterría, E. (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

Jiménez Asensio, R. (2005). *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Loewenstein, K. (1983). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

López Bofill, H. (2009). *Constitucionalisme a Catalunya. Preludi de modernitat*. Barcelona: Editorial Tria.

López Garrido, D. i altres (2017). *Derecho constitucional comparado*. València: Tirant lo Blanch.

McIlwain, C. H. (1991). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Nieto, A. (1993). «Peculiaridades jurídicas de las normas constitucionales». A: *Revista de Administración Pública* (núm. 100-102).

Viver Pi-Sunyer, C. (1992). *Ordenament constitucional. Constitució*. Barcelona: Vicens Vives.

Wheare, K. C. (1975). *Las constituciones modernas*. Barcelona: Labor.

Zagrebezsky, G. (2011). *Historia y constitución*. Madrid: Trotta.

4) Sobre la constitució com a norma jurídica suprema i la seva elaboració i reforma

Aláez Corral, B. (2000). *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*. Madrid: BOE-CEPC.

Aragón, M. (1990). *Constitución y democracia* (2a. ed.). Madrid: Tecnos.

Blanco Valdés, R. L. (1994). *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza.

Castellà Andreu, J. M. (ed.) (2018). *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional ¿Quién y cómo participa?* València: Tirant lo Blanch.

De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.

García De Enterría, E. (1985). «La Constitución como norma jurídica». Al seu llibre: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

García Roca, J. (2017). «De la revisión de las constituciones: constituciones nuevas y viejas». A: *Teoría y Realidad Constitucional* (núm. 40, pàg. 181-222).

López de Goicoechea Zabala, J.; Pascucci de Ponte, E. (coord.) (2018). *La reforma constitucional: propuestas y desafíos*. Pamplona: Aranzadi.

López Garrido, D. i altres (2017). *Derecho constitucional comparado*. València: Tirant lo Blanch.

Pérez Royo, J. (1987). *Reforma de la Constitución*. Madrid: Congrés dels Diputats.

Pérez Tremps, P. (2018). *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*. València: Tirant lo Blanch.

Pisarello, G. (2014). *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta.

Rubio Llorente, F. (1993). «La Constitución como fuente del Derecho». Al seu llibre: *La forma del poder*. Madrid: CEC.

5) Sobre la justícia constitucional

Abat i Ninet, A. (2010). *El Estatuto Jurídico de los Magistrados del Tribunal Constitucional Español. Estudio y análisis comparado*. Madrid: Aranzadi.

Ahumada Ruiz, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Civitas.

Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC.

Fernández Rodríguez, J. J. (2007). *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos.

Fernández Segado, F. (2013). *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson.

García Belaunde, D. (2000). *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Editora jurídica Grijley.

Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.

Kelsen, H. (2016). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Mèxic D. E.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

López Garrido, D. i altres (2017). *Derecho constitucional comparado*. València: Tirant lo Blanch.

Pérez Tremps, P. (2010). *Sistema de justicia constitucional*. Madrid: Civitas.

Rubio Llorente, F. (1998). «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa». A: F. Rubio Llorente i J. Jiménez Campo. *Estudios sobre jurisdicción constitucional* (pàg. 155-173). Madrid: McGraw-Hill.

Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.

Zabrebelsky, G. (2014). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Trotta.

