

# LA REFORMA COMO GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO

**Montserrat Nebrera**

Profesora Agregada de Derecho Constitucional  
Universidad Internacional de Catalunya  
ESPAÑA

La reforma constitucional es objeto de debate doctrinal desde la construcción de la concepción normativa de la Constitución misma. El hecho de haber pretendido la comunidad política dotarse de instrumentos de control respecto de las decisiones legislativas que puedan ser adoptadas por coyunturales mayorías en las cámaras de representantes populares de los Estados democráticos ha obligado a la introducción de un principio de carácter aristocrático (la Constitución y su garante, el Tribunal Constitucional) en la estructura de una organización política que se justificaba en la elección, mediata o inmediata, por sus ciudadanos, de los órganos de gobierno de ésta. No se trata de otra cosa que de la desconfianza en el contenido que pueda integrar las leyes que sean votadas en los Parlamentos.

En la medida en que pretende su permanencia como símbolo del pacto que la comunidad política ha hecho en torno a determinados axiomas insobornables (en concreto el binomio complejo de la libertad y la igualdad, si adjudicamos a la Constitución indefectiblemente el adjetivo de democrática), la Constitución escrita y autodotada de formalidad solemne (se presenta y afirma como la norma suprema) es una norma afectada de una rigidez tal que si no incluyera mecanismos para su reforma, sería una Constitución pétrea. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, los mecanismos de reforma que contempla y la complejidad de los mismos ha inducido a la mayor parte de la doctrina a entender, no que la Constitución contempla dichos mecanismos, porque es rígida, sino que, como los mecanismos de reforma que prevé son extremadamente complejos, la Constitución es rígida por tal motivo.<sup>1</sup>

Desde una u otra perspectiva respecto del alcance e implicaciones de los mecanismos de reforma constitucional, nadie pone en duda que la reforma es una garantía para la pervivencia de la Constitución misma. Y ello porque, elaborada en el

contexto histórico que la justifica, y en la pretensión de supervivencia que la equipara a los organismos biológicos, requiere de una capacidad de adaptación a los nuevos tiempos que obstaculice el recurso a fórmulas más costosas de cambio político: la continua y descabellada sustitución de Constituciones que de ese modo pierden su sentido normativo, o la revolución.

## LA CONSTITUCIÓN, EL CONFLICTO Y EL CONSENSO

Todas las Constituciones escritas surgen de un conflicto político, o mejor dicho, de su cuanto menos aparente, resolución, de tal modo que viene a expresar cierto tipo de consenso, siquiera sea por la imposición fáctica de una de las dos posiciones, que logra vencer (y/o convencer) a la otra. En efecto, a pesar de que la Constitución se halla en la actualidad ideológicamente marcada por la aspiración democrática, hasta el punto de que para muchos no existe Constitución allí donde la Constitución no reconoce el pluralismo político, creo que el consenso que expresa la Constitución debe entenderse en general como un estado de no-guerra, ya que desde un punto de vista estrictamente formal existen Constituciones que no consagran el principio democrático, sino la homogeneidad ideológica.

Lo que sí está claro es que la Constitución de un Estado esconde siempre un esfuerzo, a veces incluso cruento, que disuade a sus realizadores de la posibilidad de que tenga un tratamiento semejante al de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, por lo que sí puede afirmarse que de algún modo viene a resolver un conflicto político. Su natural rigidez se atempera, sin embargo, con una posibilidad de reforma, de la que enseguida hablaré, y que en la mayor parte de los casos tiene mayor grado de dificultad que la reforma de las demás normas.

<sup>1</sup> Por todos, véase PACE, A. y VARELA, J., *La rigidez de las constituciones escritas*, CEC: Madrid, 1995.



En la teoría constitucional se entiende que la Constitución es el resultado normativo del ejercicio del poder constituyente, un poder que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, no debe ser equiparado con el pueblo en todos los casos. Dicho poder es de carácter eminentemente fáctico y por consecuencia sólo puede ser detectado “a posteriori”. De hecho, la diferencia entre una rebelión y una revolución estriba en la fuerza de esta última de generar un nuevo orden jurídico.

Las constituciones modernas, lo que equivale a decir que son escritas, tienen su origen en el mismo contexto que permitió la reforma protestante y el capitalismo: a la reivindicación de la individualidad (su exacerbación será el triunfo del tercer estado sobre los otros dos a partir del siglo XIX) se une, como expone con claridad la teología política (SCHMITT) la escritura. El conocimiento de la escritura comporta poder frente al ignorante, sea cual sea el orden en el que se ejerza (religioso, político, jurídico...), por lo que la escritura está llamada a convertirse en la forma de la norma fundamental de la organización política, como de hecho le ocurre a todo el ordenamiento jurídico con el paso del tiempo.

La forma escrita de la Constitución es el mejor síntoma de su naturaleza resolutoria del conflicto político. Concretar las coordenadas de la organización política significa poner punto final a los conflictos previos, aunque ello no asegure que ese conflicto u otro de distinta índole no vuelvan a producirse.

Algo muy distinto, como he dicho, es pensar que escribir la Constitución de un Estado signifique necesariamente haber llegado a un pacto las partes en conflicto, a no ser que por tal se entienda que una de las partes acepte por la fuerza de los hechos (o del miedo) las condiciones que la otra impone. En la Europa decimonónica hay numerosos ejemplos de Constituciones otorgadas, es decir, que tienen su origen en el poder político establecido; pero también pueden ignorar el consenso las que son fruto de una revolución. Según Parker (1999: 48) “depende de la perspectiva que una Constitución sea considerada un instrumento político de configuración de la organización política, o una revolución”; pero ello es así sólo si efectivamente la revolución se ha producido. Si la revolución triunfa, es decir, si no se queda en una mera rebelión, se expresa a través de una Constitución a la que se valora positivamente en general por el hecho de entenderse como resultado de un ejercicio democrático. Así, dice Arendt (1988: 148) que “es obvia la diferencia existente entre la Constitución que es resultado de un acto de gobierno y la Constitución mediante la cual el pueblo constituye un gobierno”.

El objetivo de cualquier Estado es sobrevivir. Quizá porque su configuración y las funciones que detenta son realizadas por seres humanos, la pulsión vital se trasluce también en la organización política, y del mismo modo podemos observarla en los productos jurídicos que de ella emanan, en particular cuanto mayor es el rango y la generalidad de sus contenidos.

La Constitución de un Estado asegura supervivencia a través de diversos mecanismos. Aunque el primero y fundamental es la interpretación de la norma fundamental, para adaptar sus contenidos (generales, abstractos) a las necesidades concretas de cada momento histórico; aunque en ocasiones pueda recurrir a la suspensión de algunos derechos fundamentales por causa de una situación de excepcionalidad del orden público; lo cierto es que la forma en que mejor garantiza que no se produce una distancia excesiva entre lo que la norma prescribe y lo que la realidad exige es la posibilidad de que la Constitución se reforme. Reforma que deberá hacerse de acuerdo con un mecanismo que la propia Constitución establezca, lo que asegura que la Constitución cambie, pero a la vez permanezca. Porque no es lo mismo que la Constitución sea reformada, que cambiarle el nombre (en la mayor parte de los casos, el año de creación), aun manteniendo casi los mismos contenidos. Si la voluntad de la Constitución es sobrevivir, incluso las reformas globales son posibles, todo para asegurar el mantenimiento formal (con la fuerza político-emotiva que ello tiene) de que la Constitución traduce la superación de un conflicto.

La supervivencia del texto constitucional es independiente de la del Estado, por ello puede afirmarse desde una perspectiva jurídico formal que cabría el mantenimiento formal de una Constitución junto a la desfiguración del Estado que ampara. Del mismo modo pueden producirse reformas constitucionales que en nada afecten a la naturaleza del Estado, como es el caso de las producidas por motivos técnicos. Se dice que la Constitución es estable y, con ella, el sistema político cuando hay una mayor participación ciudadana. Sin embargo, más importante aún que eso es que la Constitución prescriba conductas que no resulten extrañas a las maneras y pensamientos de la población. Tras la II Guerra Mundial Constituciones “democráticas” impuestas sufrieron un rápido distanciamiento respecto de las concepciones de la población. Su suerte fue mucho peor cuanto más concretas eran en sus contenidos sustantivos, ya que en mayor medida podían ser objeto de las críticas de los grupos opositores al régimen político imperante.

Combinar estabilidad procedimental con flexibilidad sustantiva o material puede ser la fórmula que asegure el éxito de una Constitución. Comparativamente, las Constituciones más breves han sido las más longevas, con una brevedad que se concreta en el detalle sobre los procedimientos (incluido el de reforma) y una cierta vaguedad y generalización en los contenidos. Ello permite una interpretación extensa de éstos, cuando es imprescindible, que hace casi imposible salirse del sistema constitucional sin ser tachado de ilegítimo. De esta manera la reforma consigue garantizar la supervivencia de la Constitución cuando los contenidos de ésta abocan al conflicto.<sup>2</sup>

Finalmente, una breve nota sobre lo que el consenso puede significar de valor en la resolución de un conflicto político por la creación de una Constitución: tal consenso será real si en verdad ha sido superado el conflicto, es decir, si respecto de los temas políticos fundamentales hay un acuerdo de fondo. Si ello no es así, si como suele resultar normal, el acuerdo lo es sólo sobre la forma democrática, y aún ni en eso, el consenso se verá reducido a los procedimientos, y plasmará en el texto el modo en que el disenso deberá ser debatido y organizado.

#### LA CONSTITUCIÓN Y SU REFORMA

El poder constituyente al que me he referido, libre, fáctico, indeterminable, pero determinado en sus consecuencias, se distingue así con claridad del poder de reforma constitucional.

La escritura de la norma jurídica comporta la necesidad de establecer, en primera instancia, la "auctoritas interpretationis" (el supremo intérprete del texto, que lo adapta a los cambios) y, cuando ésta ya no alcanza a suplir el abismo entre la norma y la realidad, un cauce para realizar la modificación de aquélla en los casos en que se acepta la reforma desde un punto de vista filosófico. Y digo esto, porque también es cierto que han existido Constituciones en las que incluso se explicita la imposibilidad de modificación (la Constitución de Cádiz de 1812 así lo establecía para sus primeros años de vigencia), y porque también es cierto que en algunas el silencio ha propiciado un debate aún no cerrado, como he señalado al principio, sobre si ello significa que puede reformarse de cualquier modo, o que es imposible la reforma.

A pesar de que las Constituciones que no contemplan procedimiento de reforma suelen ser, para la doctrina constitucionalista (De Vega, 1995, entre muchas otras), ejemplo de Constituciones

2 Es también cierto, sin embargo, que la ambigüedad total puede resultar peligrosa en el contexto de algunas formas de Estado, pues permite a las fuerzas políticas que se

flexibles, la realidad política demuestra que para el constituyente la idea es la contraria: en el ánimo de quien no explicita mecanismo de reforma está que su producto, la Constitución que crea, sea rígida. Y un ejemplo de esa natural rigidez de las Constituciones escritas, fruto de su solemne forma de elaboración y de su proposición al mundo como fundamentadora de la organización política, es la Constitución de Irán de 1979, fruto de la revolución jomeinista: su reforma de 1989 "tuvo" que hacerse por un procedimiento prácticamente igual que la de 1979, incluido el recurso al referendun popular. En esa forma de actuación se estaba imitando el procedimiento de un poder constituyente, para legitimar la modificación; pero ésta no se llamó "Constitución de 1989", y ello por la fuerza de la estabilidad para dotar de legitimidad a la norma suprema.

Lo más usual es que la propia Constitución establezca un cauce para su reforma, que consiste en un agravamiento de las condiciones en que se modifica cualquier otra parte del Ordenamiento. Ese agravamiento, unido al hecho de que la reforma efectivamente se prevea han sido interpretados como la solución de compromiso que las Constituciones contemplan para que, sin desdeñar su superioridad y la trascendencia del momento fundacional que materializan, sea posible a las generaciones futuras destinatarias de sus prescripciones modificar éstas según necesidad (JELLINEK). De hecho, para algunos autores la rigidez es lo que hace de la Constitución la norma superior, aunque comparto la opinión de los que piensan que la rigidez es más bien el síntoma de la superioridad constitucional.

Ese poder de reforma, vestigio o testimonio de la fuerza prejurídica del poder constituyente, es ya un poder constituido y desde ese punto de vista conocer su potencialidad para la resolución de los conflictos jurídicos puede ayudarnos a visualizar la reforma colmo garantía del sistema constitucional y de lo que Häberle llama una "Constitución histórica y concreta".

#### LA REFORMA COMO INSTRUMENTO PARA LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS POLÍTICOS

Cuando se produce en una organización política la instauración de un nuevo orden jurídico, ésta puede ser violenta (las diversas Constituciones que se suceden en la España decimonónica) o pacífica (la Constitución española de 1978), pero en todo caso es cuanto menos "alegal", es decir, se produce fuera del cauce (aunque tampoco quepa

instalan en el gobierno hacer interpretaciones tan laxas que puedan volver a generar (o desalestar) un conflicto político.



decir “contra el cauce”) que el propio ordenamiento constitucional prevea, de tal modo que revela existencia previa del poder constituyente: si una revolución triunfa y consigue, por tanto, instaurar un orden nuevo, se crea una nueva Constitución, con lo que se hace patente que aquélla era una manifestación del poder constituyente; si no triunfa, los rebeldes son tachados de ilegítimos .

Si las Constituciones suelen ser concreción de la resolución de un conflicto político, también pueden serlo las reformas constitucionales, pero a estas afirmaciones hay que añadir dos matices importantes para no provocar deducciones erróneas:

- En primer lugar, que no todos los conflictos se resuelven con la creación de una Constitución o con su reforma, aunque hay que admitir que en tal caso debe tratarse de un conflicto político leve; y

-En segundo lugar, que no todas las reformas constitucionales resuelven conflictos políticos.

El caso que sobre el que aquí me interesa reflexionar (la Constitución enfrentada al conflicto político) se mueve en este segundo ámbito. Al respecto, no voy a hacer aquí una descripción detallada de las Constituciones en las que el conflicto político se ha resuelto mediante una reforma constitucional. De hecho, como he dicho, parto de la base de que no toda reforma constitucional expresa la resolución de un conflicto político.

La reforma de la Constitución se puede producir por dos motivos:

Un motivo es de carácter técnico: la existencia de circunstancias externas que hacen necesaria la adaptación del texto, aunque tenga consecuencias políticas, no arranca de un conflicto político. Un ejemplo de este tipo de situación es la reforma del art. 13, 2 de la Constitución Española de 1978, con motivo de la entrada de España en la Unión Europea. La superioridad jurídica de la Constitución respecto del Tratado de la Unión Europea y la voluntad (política) de entrar en esta organización supraestatal planteó la necesidad (jurídica) de la reforma, la única, por otra parte, que el texto ha conocido hasta la fecha.

El otro motivo es de carácter sustantivo: se ha producido en la realidad política algún tipo de cambio que la norma ha de recoger para mantener su vigencia social. A este motivo de carácter sustantivo es al que nos vamos a referir en adelante,

es decir, a las reformas constitucionales que pretenden poner fin a una situación de conflicto político tan grave que puede poner en peligro la supervivencia de todo el sistema.

Aunque un conflicto político puede abocar a la creación de una nueva Constitución, la tendencia actual en el mundo occidental es que, cuando la tensión ya es insostenible, se reforme el texto existente, en razón de esa voluntad de supervivencia del texto, que hemos mencionado con anterioridad. Por ello creo que pueden distinguirse cuatro grandes grupos de reformas constitucionales como respuesta a conflictos políticos:

a) Reformas por motivos étnicos: es el tipo de conflicto político que puede conducir a una reforma constitucional para la introducción en el texto de la Constitución de determinadas

garantías de grupos indígenas. Tal puede suceder en la Constitución mexicana en razón de las peticiones de los zapatistas, y algo parecido sucede con los rusos que han establecido la República de Transnistria, dentro de la República de Moldavia, a su vez

independizada de la Unión Soviética en 1991 y que tiene su propia Constitución desde 1994. Transnistria no ha sido reconocida por Moldavia, pero el conflicto político que esta planteado en la zona, de claro tinte étnico, amenaza con provocar una reforma de la Constitución moldava.

b) Reformas por motivos secesionistas: quizá el caso más irónico sea el de la República de Irlanda. Su Constitución, de 1937 y en la que no se recogía el apelativo de “República” ya que no acogía a la totalidad de la isla, sufrió una reforma importantísima el 3 de junio de 1998, por la que se resolvía un conflicto político que puede ser paradigma de cuantos se han producido en el mundo, pues justamente pone fin a la reivindicación de la integración del territorio Norte de la isla (el Ulster) en la república irlandesa.

c) Reformas por conflictos territoriales no secesionistas: significa en última instancia, cambiar la forma del Estado (como está sucediendo en Italia, o como ya sucedió en Bélgica en febrero de 1994, donde lo que se cuestiona es la transformación del Estado regional en federal) o para dotar de nuevo estatuto a alguno de sus territorios, como sucedió con la reforma de la Constitución

***“...el poder constituyente... libre, fáctico, indeterminable, pero determinado en sus consecuencias, se distingue... del poder de reforma constitucional...”***

francesa el 20 de julio de 1998, para dotar de un nuevo estatuto a la región de Nueva Caledonia. Ése parece ser el espíritu que alienta las peticiones de algunos grupos políticos parlamentarios españoles respecto de la Constitución de 1978, aunque de ahí erróneamente se deduzca que estamos ante un nuevo “período constituyente”, en palabras de algunos de ellos.

- d) Reformas por conflictos institucionales. Las más emblemáticas de estas reformas son las que se producen para reconocer derechos y libertades largamente reivindicados por la sociedad civil y sus instrumentos institucionales. Entre ellas destacan las enmiendas introducidas en la Constitución de los Estados Unidos de América, como por ejemplo, la enmienda I que prohibía el Estado confesional y reconocía la libertad religiosa; y la enmienda XIII, que suprimió la esclavitud. Sin embargo, existen también reformas que, aun recogiendo cambios institucionales importantes para la acción de gobierno, no presuponen graves conflictos políticos: tal es el caso de la reforma producida en la Constitución del Líbano en Septiembre de 1990, para eliminar la forma presidencial de gobierno.

Convendremos que los conflictos antes expuestos van de más a menos gravedad. Es por tanto, mucho más fácil que un conflicto étnico genere una ruptura y una nueva Constitución, que la misma situación sea producida por un conflicto institucional. De hecho, los conflictos institucionales son más frecuentes en los países de la órbita occidental. Irlanda es y ha sido siempre un caso aparte. Por otra parte, también hay excepciones al hecho de que la resolución de los conflictos políticos, instrumentada a través de la reforma constitucional mucho más que a través de una Constitución, sean siempre expresión de un consenso. La historia constitucional inglesa, quizá por su peculiar Constitución, es un ejemplo del modo en que las reformas pueden ser sencillamente un cambio normativo para poder legitimar la fuerza impuesta a grupos contrarios al régimen. Así, por ejemplo, las seis leyes constitucionales de 1919 reformaron la Constitución inglesa a causa de los conflictos producidos por los radicales en los años precedentes, de modo que el contenido de las leyes lo que prescribía era un castigo a la disidencia como atentado a la soberanía del Parlamento. En este caso,

como se observa, la resolución del conflicto se da por la imposición de la fuerza al bando crítico, gracias a la tipificación delictiva de la conducta conflictiva. Es cierto, sin embargo, que esta situación se produce por razón de la flexibilidad constitucional, consecuencia de su forma no escrita. Tal es la razón que alienta en la siguiente consideración de GARCÍA PELAYO (1984: 322): “Mientras en los Estados de Constituciones rígidas el mismo derecho excepcional trata de subsumirse en una norma prevista (regulación del estado de guerra y situaciones similares), en Inglaterra esto sólo sucede parcialmente, y, con mayor lógica vital, lo excepcional de la situación jurídica depende de lo excepcional de la situación política”.

No querría acabar este breve repaso a algunos tipos de reforma constitucional resolutoria de conflictos políticos sin hacer una breve referencia al caso de la República Árabe Saharaui Democrática (RASD), configuración política provisional, objetivo del Frente Polisario contra la invasión marroquí de los territorios. La Constitución de la RASD, que data de 1976, lo define como parte de la nación árabe, africana y del mundo, con un sistema nacional democrático (aunque en la actualidad el único partido es el Frente Polisario, cuyo Secretario General es también el Presidente de la RASD), progresista y de religión islámica. Las reformas constitucionales (la última de las cuales data de 1991) pretenden ir dando solución a las variadas situaciones a que se aboca la RASD, entre otras y sobre todo la voluntad de convocar un referéndum de autodeterminación del pueblo saharauí.<sup>3</sup> En una circunstancia de ese tipo, un inicial conflicto político menor puede abocar a la necesidad de desintegración (y/o agregación) de un Estado, con la consecuente necesidad de reiniciar el proceso constituyente, pues si no todos los cambios en la forma de Estado requieren la eliminación de la Constitución que los ampara, la desintegración sí requiere su “reConstitución”.

#### LOS TITULARES DEL PODER DE REFORMA ANTE EL CONFLICTO

¿Quién puede pedir la reforma de la Constitución? Desde un punto de vista técnico, la respuesta depende de la Constitución que se estudie: la Constitución italiana o la suiza permiten que un determinado número de electores soliciten (otra cosa es que efectivamente se produzca) la reforma. La Constitución española, que concede al

3 Para unos pocos en España también sería necesario incluir tal derecho en el elenco de los fundamentales que la Constitución protege, no como un derecho de los pueblos, sino como reconocimiento de que puedan autodeterminarse “pueblos” dentro del pueblo español, que puedan decidir su secesión.



pueblo la iniciativa legislativa, se la niega para proponer una reforma constitucional.

Cosa distinta es, sin embargo, cuál es la instancia legitimada políticamente para proponer la reforma, o en otras palabras, qué grado de conflicto legitima reformar la Constitución para evitarlo. Y es que lo expuesto hasta aquí no es en puridad respuesta al modo en que la reforma constitucional puede permitir la resolución de un conflicto político, porque el camino material para acceder a la reforma no está tan claro como su vertiente procedimental.

Que la reforma constitucional es un modo de garantizar la Constitución es una conclusión obvia de todo lo que aquí se ha referido: la Constitución pretende expresar algún tipo de consenso que la necesidad de reforma pone en duda, pero ¿cuál es el límite?, ¿en qué punto del conflicto político sus protagonistas se cargan de razón para justificar la reforma? ¿quiénes son esos sujetos concretos que determinan la acción gubernamental –el nuevo indirizzo político–, a su vez determinante de la actividad parlamentaria y, en su caso, de la referendaria (tan fácilmente manipulable que la izquierda renegaba de ella en los debates constituyentes) del pueblo?

Vaya por delante que no pretendo aquí dar una respuesta a los verdaderos interrogantes, porque creo que son cuestiones de la actividad política, y nada se puede añadir “de política ferenda”. Tan sólo querría recordar que las soluciones, como en ámbito científico, dependen del acuerdo sobre los axiomas, en este caso, sobre los conceptos; que hacer una nueva Constitución en el caso del enfrentamiento a un conflicto político, no es solucionarlo, sino juridificarlo, porque ante una nueva Constitución, las reglas del juego se rompen y todo (o casi todo) vale. La opción por la reforma denota que la magnitud del conflicto, aunque importante, es controlable; que una de las partes, la institucional, ha comprendido que la paz no es posible en el mantenimiento de las respectivas posiciones; y que la otra, la que plantea el conflicto, es capaz de pensar en clave de otras subjetividades tan irracionales, tan emotivas y tan reales como la suya. Alternativamente sólo queda la revolución, como hemos dicho más arriba, sea ésta cruenta (en general todas lo son) o incruenta, como en buena medida lo fue la transición española a partir de 1975.

4 Un ejemplo: las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado reciben ese nombre en España a partir de la Constitución de 1978. Durante todo el régimen anterior se denominaban “Fuerzas de Orden Público”, expresión con la que se quería significar el carácter central que ostentaban en el

Tras el 11 de Septiembre de 2001, la reflexión sobre el Estado de Derecho y la seguridad ha cambiado en muchos contextos de forma radical, incluso enfrentando a sectores intelectuales hasta entonces más o menos concordantes.

La seguridad es, desde la perspectiva general de la génesis y evolución del Estado, el elemento central en la juridificación del mismo. En efecto, la materialización de la estructura racional (personalizada pero despersonificada) que el Estado supone respecto de la comunidad medieval se impone sobre el ciudadano con la justificación de evitar males mayores (el lobo que es el hombre en la caracterización hobbesiana del estado de naturaleza). Sin embargo, en la medida en que la afirmación del individuo cristaliza no sólo en el Estado sino también en la voluntad de emancipación de la persona respecto del grupo, la necesidad de protección de la esfera propia provoca la reivindicación de una certeza en la situación fáctica y jurídica frente al poder público.<sup>4</sup>

Reivindicar seguridad frente al poder público resulta algo paradójico desde muchos puntos de vista. Si de acuerdo con la concepción pactista del origen del Estado, éste es el producto de la voluntad y/o necesidad de los individuos de asegurar su supervivencia, su convivencia e incluso su felicidad en el marco del grupo social, pensar en la necesidad de exigir protección de los abusos, que del ejercicio del poder se puedan derivar es, cuanto menos, aceptar que las formas de gobierno, ideales en teoría, se corrompen en sus plasmaciones prácticas. De ahí que, como se expone La Política de Aristóteles encontremos tiranía, oligarquía o demagogia allí donde se piensa en monarquía, aristocracia o democracia. Pero como quiera que la seguridad es un requisito estructural u ontológico de la convivencia pacífica, muy poco después de la aparición del Estado como forma de organización política, ya se empieza a reclamar la adquisición de unos modos de gobierno que sean conocidos de antemano por el gobernado. Esto no significa que en cualquiera otra forma de organización la actitud del gobernante haya podido ser de impune arbitrariedad, tal como el historicismo ha pretendido, ya que la consistencia del poder se sustenta tanto en la coacción como en la aceptación social del coaccionante, sino ya en un mínimo grado de legitimidad<sup>5</sup>.

mantenimiento de la paz institucional por encima de la certeza ciudadana de su integridad física y psíquica y de los derechos que en ella estaban implicados.

5 Por todos los teorizadores del Estado, véase H. HELLER (1942).

La seguridad jurídica es una especie (“rara avis”) del género de la seguridad. La “securitas”, el cuidado de sí mismo en sentido literal, no existe de manera absoluta en ningún ámbito de la vida, pero desde la irrupción de las constituciones modernas en el mundo occidental, y mucho más en las más recientes, se pretende consagrar la certeza de la persona en su situación fáctica y jurídica frente a los poderes públicos y frente al resto de los individuos. En lo que se refiere a su seguridad fáctica es evidente que a ella contribuye la jurídica, pero también existe un ámbito en el que ésta no contribuye a aquélla, si no es desde un punto de vista muy tangencial. En efecto, la seguridad de las personas de que no sean asaltadas, violentadas, intimidadas, amenazadas, torturadas, vejadas, se consolida en la existencia de un sistema coactivo (judicial y policial) que justifica la condena de cualquier tipo de justicia privada o autotutela y, de forma mediata, en el respaldo de unas normas jurídicas que justifican la creación y la actuación de aquéllas. De ese modo, se consagran en las Constituciones y a su amparo en la legislación positiva institutos como la inviolabilidad domiciliaria, el derecho a la vida o las propias fuerzas y cuerpos de seguridad.

Pero algo más conceptual y trascendental para el Estado de Derecho es la consagración de la seguridad jurídica; al fin y al cabo incluso en el marco perfecto de los Estados sometidos a la ley puede producirse un asesinato o una violación. Por lo que respecta a la seguridad jurídica, la diferencia, quizá no demasiado consuelo para la víctima en cuestión, entre el Estado que está sometido a Derecho y el que no lo está es que el ciudadano puede tener certeza de lo que la norma dice que debe ser la secuencia lógica a partir del supuesto fáctico producido.

¿Cómo se construye la seguridad jurídica? A diferencia del resto de los principios, valores y derechos, la seguridad jurídica carece en sí misma de contenido. Por mucho que la seguridad se consagre o se afirme, su existencia viene determinada por la de otros principios fundamentales con los que se pretende garantizar la juridicidad de los poderes públicos. De ahí que estudiar la seguridad jurídica suponga en realidad remitirse al estudio de los principios del Estado de Derecho que la integran en concreto, y fundamentalmente la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos fundamentales y el principio de legalidad

6 Es cierto que el Estado se muere. ¿Cómo negarlo cuando ya estamos llegando a la elaboración, todavía sólo política, de una carta de derechos fundamentales de los europeos en el marco de la Unión? Pero está por ver el verdadero mal del que el Estado muera, porque si la construcción de las entidades supraestatales sólo significa la asunción por éstas

penal, entre otros consagrados en los textos constitucionales. De ahí que pueda estudiarse la seguridad jurídica desde el punto de vista de su capacidad para dotar de contenido todo el Estado de Derecho, sobre todo en su etapa constitucional de finales del siglo XX.

Pero el nuevo siglo avista enormes cambios en la consideración de la seguridad jurídica y de la seguridad en general: el avance tecnológico en el ámbito de los medios de comunicación augura la relajación de los controles posibles a la injerencia de terceros en la privacidad, por lo que cierta merma de la seguridad que justamente más se pretende en esos ámbitos está servida. A qué pueda llamarse seguridad cuando exista una total capacidad por parte de los poderes públicos (y de ciertos privados) de conocer, de forma además combinada, nuestros defectos, y nuestros gustos y/o debilidades, condicionando, si ésa fuera su necesidad, el Ordenamiento jurídico en relación con ello, qué sea entonces considerado seguridad jurídica, es algo difícil de determinar, pero de apasionante investigación. Desde ese punto de vista, lo que me planteo en estas páginas es cuál puede ser el límite de una reforma constitucional propiciada por un conflicto político consistente en la generalización de la percepción de inseguridad en la opinión pública, una percepción tal que perturbe gravemente la convivencia.

#### SEGURIDAD: UNA CONSIDERACIÓN CLASIFICATORIA

Cualquier exposición científica parte siempre de la presentación de los axiomas a partir de los que se desarrolla la argumentación. Es usual entre los juristas no hacerlo así, condenando con tal actitud el discurso del Derecho a lo que por ello es: una disciplina pseudocientífica.

La seguridad se plantea en la actualidad como una prestación ofrecida por y en el seno del Estado. La razón es que hoy por hoy el Estado es el único marco jurídico concebible para un individuo, incluso para una persona jurídica. Si se duda de este primer postulado, recuérdese que incluso por la negación de adscripción a un determinado país se define a los apátridas.

Pero la seguridad como concepto es equívoco, o cuanto menos, al estilo de lo que se dice que caracteriza el Estado, anfibológico. De ahí que haya que distinguir el estatuto de las distintas aplicaciones de la palabra, siempre dentro del marco estatal<sup>6</sup>.

de los caracteres del Estado, no se habrá producido más que un cambio de tamaño y un fenómeno contrario al de la afirmación de la identidad de los pueblos que la conforman en aras a la afirmación (desde arriba, desde abajo....) de una nueva “nación” (GARCÍA PELAYO, 1985): la europea.



**SEGURIDAD JURÍDICA**

**FÁCTICA: EXTERIOR**

**INTERIOR: PRIVADA**

**PÚBLICA: CIUDADANA INSTITUCIONAL**

En orden a la caracterización de los distintos extremos del esquema no es necesario añadir gran cosa a lo que en sí mismo traduce. Como quiera que lo que pretendemos es reflexionar en torno a los límites de la reforma para garantizar la seguridad, no vamos ahora a abordar el problema de la seguridad privada, y por eso nos moveremos siempre en lo que se refiere a la relación, odiosa y necesaria a la vez, entre la seguridad y el Estado<sup>8</sup>.

**EL ESTADO Y UN CONCEPTO AMPLIO DE SEGURIDAD**

En el Estado de Derecho<sup>9</sup> la seguridad que se pretende no es sólo la de la propia organización política, objetivo éste que no se abandona, ni puede hacerse, porque de él depende su propia supervivencia; sino también la seguridad del ciudadano, lo que en general se denomina la seguridad ciudadana o seguridad pública, dependiendo del ámbito que se pretenda abarcar.

Para el mundo occidental, ese Estado de Derecho es un Estado constitucional, en el sentido de que en la cúspide de su Ordenamiento jurídico se encuentra una Constitución, norma fundamental que regula la producción de normas por los órganos superiores del Estado (DE OTTO, 1987) y que para algunos (RUBIO, 1993) debe ser además axiológicamente democrática y producto de la voluntad popular, de tal modo que quede legitimado el ejercicio de los poderes del Estado.

Es en el marco del Estado de Derecho constitucional en el que debe realizarse la

*“...la seguridad pública es extendida como paz social... y no como paz institucional...”*

aproximación a la seguridad ciudadana en sus diferentes facetas y acepciones. Más todavía, su marco específico es hoy para algunos el Estado social y democrático de Derecho, pero sea como sea, en todos los casos la seguridad pública es entendida como paz social y no tanto, de acuerdo con concepciones anteriores, como paz institucional, pues se trata de garantizar un ámbito pacífico de ejercicio de los derechos y las libertades. Ese ámbito pacífico puede venir propiciado de dos modos: por la seguridad jurídica generada en los procedimientos que deben seguirse para la afectación de los derechos, y por la seguridad del Estado en tanto que persona jurídica, frente a peligros externos (en la sociedad internacional, la seguridad exterior del Estado) e internos (puesta en peligro de la convivencia por conductas peligrosas de determinados individuos, o lo que es lo mismo,

la seguridad interior del Estado)

Si la seguridad jurídica es, como se estudiará en otro punto, la predictibilidad de la actuación de los poderes públicos, se trata de algo muy diferente de la llamada seguridad del Estado. En efecto, por

seguridad pública o seguridad del Estado se entiende más bien el ámbito de lo reservado en determinadas actuaciones tanto del poder ejecutivo (en concreto y sobre todo del Gobierno) e incluso del poder judicial. Respecto de aquel primero, se refiere esa seguridad sobre todo al tratamiento de los secretos oficiales, ya que por razones de defensa nacional determinados temas pueden estar teñidos de opacidad para la ciudadanía, para el poder judicial e incluso para el propio órgano parlamentario<sup>10</sup>.

En un momento de tendencial globalización de la economía y consecuentemente de las políticas estatales en materias muy diversas, la encomienda al Estado de que preserve la seguridad ciudadana pasa por una cooperación internacional en ámbitos tan dispares como el control del narcotráfico o de la

7 El TC en STC 325/94 de 12 de diciembre parece equiparar “seguridad pública” y “seguridad ciudadana”, pero soy del parecer de que los sinónimos absolutos no existen y de que en el mundo jurídico existen contextos en los que no cabe aplicar indistintamente ambas expresiones.

8 Ni que decir tiene, sin embargo, que en el ámbito de la seguridad privada interfiere también el omnipresente Estado, siquiera sea porque también el denominado falsamente “Derecho privado” es de regulación pública en gran medida, y las repercusiones que la seguridad privada tiene en el ámbito de la seguridad ciudadana y de la seguridad jurídica

es obvio. Pero será, si acaso, materia de otro trabajo.

9 Se entiende por Estado de Derecho aquel en el que el poder político está limitado por las normas jurídicas, lo que sólo es posible cuando éstas determinan la distribución de aquél entre distintos órganos y el reconocimiento de un cierto elenco de derechos fundamentales a los ciudadanos.

10 Véase a este respecto y a modo de ejemplo el interesante artículo de MELERO (2000) Eduardo M. “El secreto oficial en la venta de armas. Un supuesto de aplicación ilegal de la ley sobre secretos oficiales”, en RAP, 152, mayo-agosto 2000.

indemnidad del medio ambiente, lo que augura cambios relevantes en el tratamiento del tema: nuevos y diversificados cuerpos policiales, estrategias de cooperación entre ellos, e incluso la creación de estructuras de seguridad alternativas a las tradicionales públicas. Debemos significar, sin embargo, que “seguridad pública” y “seguridad ciudadana” son expresiones por ello cada vez menos coincidentes.

#### LA SEGURIDAD PÚBLICA

Si el Derecho suele ser caracterizado, siquiera secundariamente, por la coercibilidad, en el actual panorama internacional, integrado casi en su totalidad por Estados, éstos resultan ser los detentadores legítimos del monopolio de ejercicio de la coacción como instrumento de aquella coercibilidad jurídica. De ahí que se trate de una detentación legítima, en la medida en que se ejerce tal monopolio de acuerdo con la norma jurídica, previamente validada en su elaboración por representantes democráticos. En ese discurso los criterios de justificación del Estado pasan por múltiples estadios con hitos como Maquiavelo, Bodino o Hobbes. Aunque los dos primeros teorizan en sus obras sobre las cualidades que debe reunir un buen príncipe para ejercer su poder de forma soberana, es Hobbes el que de forma clara apunta la caracterización del titular del poder político como una maquina institucionalizada (un monstruo necesario, mejor dicho), de progresiva despersonalización, cuyo objetivo fundamental es su supervivencia; lo que en términos prácticos equivale a garantizar la seguridad físico-psíquica (lesiones, miedo) y jurídica (certeza de la situación y alcance del poder) a su población<sup>11</sup>.

En este ámbito de reflexión política la seguridad de los individuos se plantea como una de las justificaciones del Estado, hasta el punto de que dicha seguridad acaba siendo un derecho de aquéllos, ya que como contrapartida a la cesión de su poder al organismo estatal se ha planteado. De ahí a elaborar un sistema de control del Estado para

que tal objetivo no se vea defraudado hay sólo un paso. Y ése es el sentido de las aportaciones de autores como Locke o Montesquieu<sup>12</sup>.

Así, el Estado tiene que garantizar la seguridad de los ciudadanos, entre otras cosas porque, como se explica en las corrientes utilitaristas que se formulan en el siglo XIX (Bentham, Mill, Stuart Mill), el Estado debe conseguir el mayor grado posible de felicidad y bienestar para el mayor número de ciudadanos, lo que implica que la seguridad es entendida no sólo desde una perspectiva individual (fruto de la imposición del liberalismo individualista que impera desde la Edad moderna) sino también desde una perspectiva social, fruto de la reformulación de la idea de bien común en lo que la actualidad conoce como el “interés general”. Se trata en definitiva de aunar en un concepto las dos posiciones antagónicas de lo que el poder público significa para el ciudadano: un enemigo y un garante.

Esas dos perspectivas del Estado remiten a su vez a una idea confusa de lo que la seguridad ha significado en el siglo XX, ya que el Estado se ha convertido cada vez más en un sujeto que interviene activamente en la vida de los ciudadanos, justamente para garantizar su bienestar. Como quiera que parte de ese confort consiste precisamente en el grado de seguridad de que puedan disfrutar en todos los sentidos (ámbitos de desarrollo de su personalidad, orden público, etc.), se bifurcan a partir de ese momento los posibles campos de aplicación del concepto “seguridad”: no será lo mismo hablar de la seguridad en las condiciones de trabajo, que de la seguridad ciudadana, que de la Seguridad social<sup>13</sup>. Y aunque ya se justificaba el Estado al inicio de su andadura en el hecho de que permitía garantizar a los hombres que otros lobos como ellos no los eliminarían, con mucho más sentido se legitima la existencia del Estado en un contexto de reconocimiento de derechos y libertades: su justificación es que sólo en su seno, más aún, en su formulación como Estado democrático de Derecho, se garantiza la democracia misma.

11 No es casual que la afirmación del Estado en esas dos columnas se produzca en el momento en que la individualidad se afirma frente a la comunidad como forma de percepción del “yo” filosófico. En efecto, es en torno al siglo XVI cuando la euforia cientifista y los descubrimientos geográficos han generado en el hombre renacentista una convicción interna de potencia que coincide con la puesta en duda del criterio eclesial católico como único intérprete de los textos sagrados (la Reforma) y con la consolidación de los reinos medievales frente al Sacro Imperio Romano Germánico en lo que Maquiavelo denominará los “stati”, justamente por la nota de estabilidad que los caracteriza. Una estabilidad que junto con su tendencial estructuración—en última instancia, una cierta burocratización— y su presentación como poder supremo frente a los otros Estados en el panorama internacional, acaba por configurar el aparato público que

hoy nos es familiar. Para ello también hará falta que el liberalismo venga a despersonalizar la soberanía del Estado como el nacimiento de éste había despersonalizado al poder en sí.

12 No tanto así Rousseau, pues a diferencia de los otros mencionados, éste no se plantea la posibilidad de un poder representativo de algún tipo, sino la arrogación del poder que otorga la voluntad general (de todos, sin aceptación de disentimiento) a una asamblea. Es éste, a diferencia de aquél otro planteamiento, el camino hacia las “democracias socialistas” que se han conocido en el Este de Europa.

13 Y no digamos ya de la seguridad sanitaria. El caso vivido a principios del siglo XXI en la sanidad europea como la enfermedad de las “vacas locas” permite una reflexión profunda sobre lo que aparece que estemos dispuestos a exigirle al Estado en relación con nuestra seguridad.



Concluimos pues que la seguridad pública es la función genérica de garantía de la seguridad de los individuos que el Estado asume como forma de legitimar su existencia. Seguridad que permite el desarrollo de un Estado social y democrático de Derecho, de acuerdo con la formulación que del mismo se hace en general en las Constituciones modernas.

#### LA SEGURIDAD CIUDADANA

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, partimos de la base de entender la seguridad ciudadana como una especie del género que constituye la seguridad pública interior. En efecto, si observamos, por ejemplo la Ley orgánica que desarrolla el art. 104 de la Constitución Española de 1978, y el propio contenido de dicho artículos, se observa que el Estado se arroga como competencia exclusiva la seguridad pública<sup>14</sup>, con independencia de las competencias que puedan asumir las Comunidades Autónomas y los entes locales, y con independencia también de que exista otra forma de seguridad pública que, frente a la privada, se configura como seguridad exterior y que también está atribuida en exclusiva al Estado.<sup>15</sup>

Las Fuerzas y Cuerpos lo son de la seguridad y no del orden público. Profusa jurisprudencia constitucional se ha dedicado a explicar la razón por la que se ha desterrado la expresión "fuerzas de orden público" del Ordenamiento jurídico posterior a la Constitución de 1978, pero quizá más importante que esto, a cuyo estudio se han dedicado también numerosos autores<sup>16</sup>, sea responder a la cuestión de por qué existen dos lugares en la Constitución en los que todavía se conserva la expresión "orden público": los artículos 16.1 y 21.2. Es evidente, porque no existen los sinónimos, que seguridad pública y orden público no quieren decir lo mismo, y otro tanto ocurre entre seguridad ciudadana y seguridad pública. El sentido que el Tribunal

Constitucional ha dado a la expresión "orden público" se caracteriza por constituirse en un límite extrínseco al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en la Constitución<sup>17</sup> (STC 19/1985, o STC 5/1987), y no como el límite intrínseco y por tanto desvirtuador de tales derechos, que había sido en el régimen franquista<sup>18</sup>. El hecho de que se contemple la necesidad de preservar el orden público para el caso de la libertad de culto y para las reuniones en lugar de tránsito público, es porque es en esos dos casos, donde se puede producir una alteración no tolerable del orden institucional, ya que se afecta de manera muy global y generalizada lo que de forma individual es la seguridad ciudadana.

#### SEGURIDAD JURÍDICA

Por seguridad jurídica suele entenderse el efecto psicológico que genera en los ciudadanos la predictibilidad de la conducta del poder público en relación con él y en relación con la interacción de aquéllos. De ese modo interesa al ciudadano, para estar seguro desde el punto de vista jurídico, saber lo que el Estado puede hacer procedimental y sustantivamente en relación con sus derechos y libertades.

En un momento histórico en que la seguridad se ha convertido en un derecho cuyas distintas manifestaciones son más o menos exigibles<sup>19</sup>, la seguridad jurídica es sin duda el gran hito del Estado de Derecho, pues aunque sea incontestable la necesidad actual de las personas de vivir en un contexto que garantice su integridad física y psíquica (seguridad ciudadana), es más cierto que esta forma de Estado ha conseguido consagrar la previsibilidad de su propia actuación en mayor medida que cualquier otra.

La seguridad jurídica remite irremediablemente a dos temas: por una parte, a la eficacia como

14 Art. 1,2 de la LO 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

15 La defensa nacional, en otras palabras, establecida como competencia exclusiva del Estado en el art. 1,2 de la LO 6/1980, de 1 de julio, de la defensa nacional y la organización militar, de acuerdo con lo que a su vez dispone el art. 149, 1, 4º de la Constitución.

16 Entre otros y sobre todo BALLBÉ (1985)

17 Así, por ejemplo, las SSTC 19/85 de 13 de febrero, la 5/1987 de 27 de enero o la 15/1989 de 26 de enero). Si debe resaltarse, sin embargo, que el Alto Tribunal entiende que la seguridad ciudadana es la "prevención y lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública", en sus propias palabras de la STC 55/1990 de 28 de marzo, lo que parece entrar en contradicción con lo que aquí se ha expuesto, pero dado el claro sostenimiento que la institución hace de un concepto restrictivo de orden público, más bien creo que debería entenderse que no se ha entretenido en elaborar con precisión la terminología que se utiliza en la materia. En efecto, teniendo en cuenta que considera la seguridad pública como una "actividad dirigida

a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano" (como se señala en la STC 33/1982 de 8 de junio), y que en ello incluye la "protección civil" como paliativo de los estados de emergencia" (vid. En tal sentido la STC 133/1990 de 19 de julio), podemos concluir que en su concepción la seguridad ciudadana es más un género que una especie, que es como lo concebimos aquí.

18 En efecto, en aquel sistema el orden público acababa siendo la paz institucional y, constituyendo éste el objetivo fundamental del Estado, los derechos fundamentales, por más que fuesen tímidamente proclamados, no se hacían reales en la medida en que de algún modo supusieran la desestabilización del sistema mismo.

19 Hay una cierta fragilidad en el derecho a una cobertura sanitaria total, no sólo por su dependencia de la bonanza económica del Estado social, sino también por la dificultad de marcar qué deber ser cubierto básicamente. Del mismo modo es difícil aseverar la cualidad de derecho de la seguridad jurídica, ya que constitucionalmente se enuncia como principio. En todo caso, es claro que se introduce en el

principio de actuación de los poderes públicos, y, por otra, a la legitimidad de los contenidos normativos que asegure el Estado en cada momento histórico. De hecho la seguridad jurídica depende en buena medida de que se cumpla con otros objetivos a los que el Estado se compromete: así, si la seguridad jurídica es un principio vertebrador del Estado de Derecho, no hay duda de que parte de su realización depende de la que pueda acontecer a la seguridad personal como derecho fundamental, o a la seguridad pública como competencia exclusiva del Estado, todo ello a su vez en aras a la consecución de la seguridad como valor fundamental al que está orientada la constitución (y la Constitución) del Estado.

Es evidente que cualesquiera mandatos constitucionales pueden tener su referente último en la seguridad jurídica de las personas. A pesar de que la mayor parte de los principios constitucionales pueden ser considerados instrumentos de la seguridad jurídica, haremos un breve repaso de los que lo son "strictu sensu", a saber, aquellos que consagran el modo en que los poderes públicos deben realizar su actividad para que ésta sea válida desde el punto de vista jurídico<sup>20</sup>. En concreto nos referiremos a la publicidad de las normas, a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos fundamentales, y al principio de legalidad, sobre todo en sus vertientes judicial y penal. A mi juicio son estos principios, los que en mayor medida constelan el espacio de seguridad jurídica propio del Estado de Derecho, y que deberían formar parte del contenido dogmático de cualquier constitución. Sin embargo, hemos de añadir a estos principios un efecto propio de la actividad judicial que también coadyuva a la construcción de ese espacio: el efecto de cosa juzgada de las sentencias, en particular de las firmes. Otros, en cambio, como son la responsabilidad de los poderes públicos, o la interdicción de la arbitrariedad, tienen, sobre todo este último, un carácter demasiado impreciso en cuanto a su contenido, ya que en ellos se introducen conceptos jurídicos indeterminados<sup>21</sup>.

Pues bien, el Tribunal Constitucional español ha dicho en alguna ocasión (STC 36/1991) que la seguridad jurídica es la "expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho". La publicidad de las normas es, por tanto, un presupuesto necesario de la seguridad jurídica:

imaginario colectivo como una exigencia que el individuo puede hacer el Estado.

20 Y no tanto desde el punto de vista sociológico o filosófico, porque, a pesar de ser ambos importantes para la eficacia del Derecho, son de difícil contrastación o control objetivo.

¿cómo puede estar segura la persona del Derecho que se le ha de aplicar si ese Derecho no se ha hecho público previamente? Y "público" significa, en este ámbito, divulgado por canales oficiales. Sólo cabe que el ciudadano asegure su posición jurídica, cuando, como destinatario, ha tenido la efectiva oportunidad de tener conocimiento de su contenido y la mejor, la óptima manera de hacerlo factible es que se publique en los diarios oficiales.

Tan claro como lo anterior resulta que abona la seguridad jurídica de las personas el hecho de que se considere inaplicable a una conducta la norma sancionadora posterior a su comisión y más gravosa para el reo, aún en el caso de que éste ya haya sido sentenciado. Más todavía, la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables permite una interpretación "a sensu contrario" en el sentido de que se garantice la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, en lo que en realidad es la vertiente penal del principio de legalidad que abordaremos inmediatamente, aunque dicho principio implique en ocasiones que se le aplique al reo, junto con lo que le resulta favorable, aquello que no lo es tanto, en la medida en que la valoración de conjunto sí lo sea.

El principio de legalidad tiene diversos ámbitos de aplicación, pero en todos ellos quiere significar la vinculación de las normas jurídicas de rango infralegal y de los poderes públicos a los mandatos de la ley, entendida ésta como garantía de los derechos del ciudadano en la medida en que es expresión de la voluntad popular a través de sus representantes parlamentarios. De hecho, y como han entendido algunos autores, no se está negando con ello la democraticidad del resto del sistema, pero sí se afirma el carácter mediato con que participan de dicha legitimidad las normas reglamentarias y las instituciones ejecutiva y judicial.

Elemento coadyuvante de la seguridad jurídica, elevado a la categoría de derecho fundamental, es la tutela judicial efectiva, a cuya efectividad contribuye a su vez el efecto de cosa juzgada de las sentencias, la necesidad de que éstas se hallen motivadas (lo que ha de significar que incorporen una argumentación), así como el respeto en la actividad judicial al principio de igualdad (en el sentido de que ha de existir una coherencia de criterio en la aplicación de la ley y en la solución

21 ¿Dónde acaba la discrecionalidad y empieza un comportamiento arbitrario o no justificado de los poderes públicos? ¿En qué consiste el funcionamiento "anormal" de los poderes públicos al que se refiere el art. 121 de la Constitución y que da derecho al ciudadano a exigir la responsabilidad correspondiente del poder judicial?



de supuestos iguales, con el problema que al respecto plantean las sentencias contradictorias en materias muy delicadas, como son la insumisión, la valoración de pruebas, u otras.

En el Estado de Derecho cada poder necesita contar con los demás poderes y los órganos que los integran. Es obvio, sin embargo, que los demás poderes no pueden colaborar en temas que sólo competen al ejecutivo, y tal es el caso de la seguridad ciudadana. Porque la garantía de la seguridad ciudadana, junto con la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades (dos aspectos del mismo), se encomiendan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en las organizaciones democráticas, y ello en un doble sentido: la prevención y la represión. El problema se plantea justamente en lo que a la frontera entre esas dos funciones se refiere, lo que en definitiva significa preguntarse cuánta libertad está el ciudadano dispuesto a ceder para ganar la seguridad entendida como prevención.

#### REFORMA CONSTITUCIONAL Y UN NUEVO CONCEPTO DE SEGURIDAD

La función institucional de garantizar la seguridad de los ciudadanos no es un fenómeno de perfiles nítidos. Sí resulta obvia la función, pero no así en qué deba consistir la misma, cuando el mismo concepto de seguridad se hipertrofia, y la pretensión privada es la de conseguir que el Estado se comprometa a garantizar que ciertos acontecimientos no se van a producir.

Si bastase con constatar que bajo el término “seguridad” se engloba una pretensión jurídico-política mayor de la que se tenía en el momento de acuñar la Constitución de que se trate, el asunto no tendría mayor enjundia que el de algunas mutaciones constitucionales que se producen por el mero transcurso del tiempo y en aras a la mayor eficiencia de la práctica institucional. El problema es que la pretensión en este caso crea una serie de servidumbres de imposible evitación, todas ellas vinculables a un recorte paulatino de los demás derechos fundamentales, sobre todo, de aquellos de derechos de libertad que tradicionalmente han supuesto la marcada oposición de la ciudadanía a la actuación ingerente del Estado. Al Estado se le pide la garantía de una mayor seguridad, pero del Estado se pide también que no interfiera en los ámbitos de la privacidad. Son factores inversamente proporcionales, de tal manera que la potenciación del primero no puede más que significar el detrimento de la segunda. De tal modo, la reforma constitucional que pretenda plasmar el nuevo

compromiso del Estado en aras a resolver el conflicto político que está en el origen de fenómenos como el terrorismo, afectará, sin dudar, a cuestiones en las que tal vez quienes deben pagar ese peaje (la pérdida de libertad) tal vez no son totalmente conscientes.

Tal vez lo que ocurre es que, como se viene repitiendo hasta la machaconería, ahora se entiende que no hay mayor libertad que la de sentirse seguro. O que la libertad no consiste en otra cosa que no sea tal seguridad. Formas de reflexión, en fin, que nos revitalizan discursos aparentemente olvidados y que en todo caso nos enfrentan a un contexto civilizatorio fronterizo entre el Estado de Derecho y un Estado preventivo, y a la necesaria reforma, a su vez, de los planes de estudios entre cuyas materias se encuentra el Derecho constitucional.

#### BIBLIOGRAFÍA REFERENCIAL

- Arendt, H.** (1988). *Sobre la revolución*, Alianza Universidad: Madrid.
- Bryce, J.** (1988). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. CEC: Madrid.
- De Otto, I.** (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Ariel: Madrid.
- De Vega, P.** (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos: Madrid.
- Encinar, J.** (1985) “La Constitución y su reforma”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- García Pelayo, M.** (1984). *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial: Madrid.
- García Pelayo, M.** (1987). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial: Madrid.
- Jellinek, G.** (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*. CEC: Madrid.
- Nebrera, M.** (2001). *Intimidación y seguridad*, ISEGS-ADSI: Barcelona.
- Pace, A.** (1997). “La instauración de una nueva Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, Julio-Septiembre. (traducción de M. Nebrera).
- Pace, A. y Varela, J.** (1995). *La reforma de las Constituciones escritas*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.

**Parker, J.** (1999). *Los dogmas de la Constitución*. Istmo: Madrid.

**Pérez Royo, J.** (1984). "Algunas reflexiones sobre el Título X de la Constitución", en *Revista de Política Comparada*.

**Requejo, J.L.** (1992). "Consideración en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico español", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992.

**Rubio, F.** (1993). *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.

**Sartori, G.** (1995). *Teoría de la democracia*. Alianza Universidad: Madrid.

**Schmitt, K.** (1934). *La defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 