



# LA REFUNDAMENTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO\*

---

*Manuel Jiménez de Parga*

Se trata de una *refundamentación*, y no de una *fundación*, ya que la Constitución de 1978 proporcionó cimientos nuevos al edificio jurídico-político en el que nos albergamos los españoles, pero partes importantes de ese edificio se conservaron durante la Transición y después de ella.

Ahora bien, con la Constitución se introdujo un cambio tan radical que cada uno de los componentes del Ordenamiento, a partir del 29 de diciembre de 1978, pudiendo continuar siendo *el mismo*, no es *lo mismo*. Se han producido unas mutaciones de significación, alcance y sentido. Serían entre sí términos *homólogos*.

Un precepto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo, que siga invariable antes y después de la Constitución, ya no es *lo mismo*. Luego expondré las nuevas garantías que tutelan a quienes han de comparecer ante un Juez. Con mayor o menor claridad se advierten notables variantes del Ordenamiento jurídico, fruto de la refundamentación llevada a cabo por la Constitución.

\* Conferencia pronunciada en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad de Granada, el 6 de noviembre de 2000, en un ciclo organizado por el profesor Andrés Ollero. Se han suprimido las partes coloquiales, propias del diálogo con los estudiantes.

Por tanto, la refundamentación hay que entenderla como la consecuencia de un factor configurador que penetra al Ordenamiento en su totalidad. No vale la imagen, a veces utilizada, de la pirámide jurídica en la que la Constitución se sitúa en la base. Es más profundamente condicionante la función de ésta. La Constitución no se limita a ser un cimiento sólido, sobre el que se eleva el resto del Ordenamiento, sino que penetra, con sus principios y normas, a cuanto jurídicamente existe en España.

La jurisprudencia recoge a diario un modo distinto, bajo la vigencia de la Constitución, de interpretar y aplicar el Derecho. El artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, marca el rumbo a seguir: “La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

El Tribunal Constitucional no es el único intérprete de la Constitución, así como tampoco es el único guardián o vigilante de la misma. Todos los jueces, en los distintos ámbitos jurisdiccionales, enfocan los asuntos con *mentalidad constitucional*. “No hay inteligencia sin mentalidad” (Zubiri), y la Constitución facilita a los juristas una manera de ver.

Los jueces y los ciudadanos, y los poderes públicos, están sometidos a la Constitución (art. 9.1 CE). Sucede, sin embargo, que el Tribunal Constitucional es el “intérprete supremo de la Constitución” (art. 1.1 LOTC).

\* \* \*

La refundamentación del Ordenamiento jurídico se comprueba, con bastante facilidad, en sectores concretos. Recordaré algunos de ellos.

1. El capítulo de garantías de derechos es ahora pieza básica del Ordenamiento. Se exige razonar de forma expresa las resoluciones judiciales. Se limita el uso de providencias, Autos e, incluso, Sentencias *prefabricadas en unos impresos*, que fue práctica usual en tiempos anteriores. Es cierto que actualmente han aparecido los ordenadores, en los que pueden registrarse modelos de resoluciones aplicables a numerosos casos. O sea, decisiones que carecen de individualización, en las que la aplicación mecánica predomina. Pero la mentalidad constitucional no admite la falta de razonamiento para cada asunto concreto.

Entre los supuestos más curiosos de los que se ha ocupado recientemente el Tribunal Constitucional encontramos aquél de una Sentencia en la que los “antecedentes” no tenían relación alguna con los “fundamentos jurídicos” ni con el “fallo”. Fue una jugarreta del ordenador, presentada como error material.

En esta STC 48/1999 se dejó establecido: “Hemos de concluir que el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictado en rectificación de Sentencia del que trae causa la presente demanda de amparo, pese a haber modificado el sentido del fallo, no ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los recurrentes. La Sala se ha limitado, sin realizar valoración o interpretación jurídica alguna, a rectificar un error material manifiesto (tal y como dispone el art. 267 de la LOPJ), reconocido como tal por las partes y consistente en transcribir una fundamentación y un fallo relativos a otro procedimiento, error tan grosero, grave y evidente que la Sentencia, en su redacción inicial, es del todo inejecutable (por lo que, como afirma el Ministerio Fiscal, es, en realidad una mera apariencia de Sentencia). Se trata, por consiguiente, de un error directamente deducible con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones y cuya corrección no ha implicado, en consecuencia, juicio valorativo alguno, ni ha exigido operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de prueba, ni ha supuesto la resolución de cuestiones discutibles (SSTC 231/1991, 142/1992 ó 24/1994), (STC 19/1995, FJ 3)”.

A pesar de la insatisfacción que pueden producir algunas Sentencias del Tribunal Constitucional, y a mí, como Magistrado,

me la producen, hay que reconocer el notable incremento de las garantías procesales y de todos los derechos fundamentales, en virtud de la refundamentación realizada en los últimos años, una vez que adquirió vigencia la Constitución.

2. Especial protección se ha otorgado al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Los Autos que autorizan la entrada y registro deben ser razonados y dictados “*ad hoc*”. A veces, los jueces, agobiados por el trabajo, se remiten para fundamentar su acuerdo a los oficios de la Policía en los que constan los datos que justificarían la medida. La doctrina del Tribunal Constitucional ve con recelos estas resoluciones, que sólo excepcionalmente acepta como válidas.

En la STC 136/2000 se resumió la doctrina constitucional: “Respecto al derecho reconocido en el art. 18.2 CE tenemos establecido: «La norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él (art. 18.2 CE) no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Esta manifestación no se concibe como un derecho absoluto, sino que viene configurada con atención a otros derechos. Los límites al ámbito fundamental de la privacidad tienen un carácter rigurosamente taxativo (...) y, si bien con carácter negativo, son pieza fundamental para la identificación del objeto del derecho (qué sea la 'inviolabilidad' domiciliaria) y de su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de entrada) y también, en relación con ello, para controlar las regulaciones legales y las demás actuaciones públicas que puedan afectar a este derecho fundamental (...)».

Con esta advertencia nos colocamos en la exigencia constitucional de la motivación del Auto acordando la entrada en un domicilio.

Esta motivación, para ser suficiente, debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (...). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (...).



A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente, tener en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal”.

En la práctica judicial se plantean situaciones de no fácil solución. Una aplicación estricta de todas las garantías puede tener como consecuencia que los delincuentes eludan la acción de la Justicia. Se puede llegar tarde al domicilio en el que, minutos antes, se guardaba la droga, valga el ejemplo más repetido. Los domicilios son inviolables. La Constitución así lo proclama. Pero las guaridas de traficantes de sustancias que atentan a la salud pública, o los refugios de gentes de mal vivir, criminales en ocasiones, no merecen un tratamiento en el que se infravalore la eficacia de la lucha contra el crimen.

Es difícil, ciertamente, mantener la posición de equilibrio resultante de las garantías constitucionales a cualquier implicado, en un platillo de la balanza, y la seguridad que el Estado tiene que proporcionar a todos, en el otro platillo.

3. Secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). No ha resultado fácil, tampoco, realizar una ponderación entre los bienes implicados en cualquier resolución que decida intervenir las comunicaciones. En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional encontramos casos de especiales dudas, ya que derechos fundamentales podrían resultar perjudicados gravemente al considerar prevalente el derecho al secreto de las comunicaciones.

Como una síntesis de la doctrina constitucional es significativo lo que se dijo en la STC 126/2000: “En el ámbito de las escuchas telefónicas nuestra doctrina (...) mantiene que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho funda-

mental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad; es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como –entre otros–, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (...).

Como derivación del principio de proporcionalidad, hemos mantenido también que la intervención puede ser constitucionalmente ilegítima cuando no es imprescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio (...).

4. Libertad de expresión y libertad de información (art. 20.1 CE). Desde que se inició la Transición en España fueron valoradas, de forma singular, estas libertades. Se dejaba atrás un largo camino en el que se castigó la discrepancia que fuera expresada en los medios de comunicación, así como las manifestaciones de opiniones “heterodoxas” en cualquier reunión pública o asamblea.

El Tribunal Constitucional proclamó, desde un primer momento, la importancia de la libertad de expresión y de la libertad de información en un régimen democrático. En definitiva, gracias a esas libertades puede formarse una opinión pública, que es un elemento imprescindible, o columna vertebral, en las modernas democracias. Sin embargo, y a pesar de las cautelas introducidas en algunas Sentencias, advertimos que la consideración de la libertad de información como un derecho preferente, o prevalente, no siempre ha contribuido a la correcta protección de ciertos derechos básicos de las personas, como es el derecho al honor.

En la STC 200/1998 se condensa la doctrina constitucional: “La cuestión se centra, pues, en la valoración constitucional que a este Tribunal corresponde en relación con la apreciación hecha en dicha Sentencia sobre la prevalencia final en la colisión entre los derechos fundamentales invocados. Y respecto de ello, conviene señalar que la especial relevancia de las libertades de expresión e información no



puede llevar al desconocimiento del límite constitucional que para ellas supone el derecho al honor, también constitucionalmente protegido y no sólo por los preceptos del Código Penal que tipifican los delitos de injuria y calumnia. A cuyo fin, hemos venido distinguiendo entre opinión e información de hechos, la veracidad se ha visto atemperada por una razonable diligencia del informador y se ha ponderado la relevancia de las personas implicadas y el interés público en el asunto, entre otras consideraciones sobre los derechos en juego.

Por ello, desde nuestra Sentencia 104/1986 hemos mantenido que cuando los órganos judiciales aprecien la posible existencia de una conducta integrable en una contravención de los preceptos penales que protegen el honor de las personas, están obligados a efectuar un juicio ponderativo que les permita dilucidar, a la vista de las circunstancias presentes en el caso, si semejante conducta halla cabal acomodo en el ejercicio del derecho fundamental referido, es decir, si al ejercitarse la libertad de expresión o información resulta lesionado el derecho al honor, de suerte que el órgano judicial habrá de valorar si la conducta de los agentes estuvo justificada por hallarse dentro del ámbito de las referidas libertades o si por faltar tal justificación o resultar carente de fundamento se habrían lesionado las mismas (...).

También hemos señalado que el ejercicio legítimo del derecho a difundir información exige la concurrencia de unos requisitos esenciales: De una parte, el interés y la relevancia de la información divulgada (...) como presupuesto de la misma idea de «noticia» y como indicio de la correspondencia de la información con un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versa, y, de otro lado, la necesidad de que la información sea veraz (...), aun sin que ello equivalga a realidad incontrovertible de los hechos sino a exigir una especial diligencia que asegure la seriedad del esfuerzo informativo porque «el nivel de diligencia que garantiza la veracidad» se ha situado por este Tribunal en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho, en un extremo, y la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas o noticias gratuitas o infundadas cuando la información puede suponer el descrédito ajeno, en el otro (...).”

\* \* \*

El catálogo de derechos y libertades que, bajo el imperio de la Constitución, han renacido en España no se agota con la referencia a algunos de ellos, aunque, como los apuntados, posean un

relieve notable. Ocurre, además, que a diferencia de lo que ocurre en otros textos constitucionales (por ejemplo, en los de Portugal o Argentina, siguiendo la senda de la Constitución de Estados Unidos de América) nuestra Constitución de 1978 no incluye una *cláusula abierta*, después de haber consignado una amplia lista de derechos y libertades.

Se olvidó, o no quiso recogerse, la norma sabia contenida en la Enmienda IX de la Constitución norteamericana, votada por el I Congreso, el 25 de septiembre de 1789. Se dejó dicho allí: “La enumeración que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo”.

Pienso que el pueblo español, igual que el norteamericano, conserva más derechos que aquéllos enumerados en la Constitución. ¿Cómo tutelar de manera efectiva esos derechos no-escritos en el documento de 1978, esos derechos atípicos?

Luego daré mi contestación a esta pregunta. Quiero antes recordar que en los Ordenamientos de naciones tan próximas a nosotros, como son Portugal y Argentina, se incluyen cláusulas abiertas.

De Portugal hay que destacar el artículo 17 de su Constitución, revisado en 1982, con una significativa apertura: “El régimen de derechos, libertades y garantías se aplica a los enunciados en el título II y a los derechos fundamentales de naturaleza análoga”. Se habla en el país vecino, por ello, de derechos fundamentales en sentido material y derechos fundamentales en sentido formal, así como de derechos extraconstitucionales y derechos fundamentales atípicos. En definitiva, lo que quiere subrayarse es que la Constitución incluye un catálogo inacabado, que ha de ser completado si otros derechos reclaman, con exigencias razonables, la tutela constitucional.

En Argentina, antes de la última reforma, la Constitución ya contenía un artículo, el 33, del siguiente tenor: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no



serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Si pasamos por alto esta concesión a “la forma republicana”, tan cara a los franceses y que resulta desmentida con la presente Monarquía española, lo que nos importa consignar es que la doctrina argentina consideró los derechos extraconstitucionales antes de 1994. Fueron catalogados derechos explícitos, derechos no enumerados provenientes del derecho natural y derechos imputados o creados por la jurisprudencia.

La última clase de derechos (los creados por la jurisprudencia) tiene especial relieve. Los derechos no-escritos han de ser tutelados por la jurisprudencia, ya que las Constituciones proporcionan al intérprete un punto de apoyo, unas palabras (escasas a veces, lapidarias), sobre las que hay que efectuar, mediante una actividad creadora, la construcción del derecho fundamental.

Debido al lejano momento histórico de la elaboración de la Constitución de Estados Unidos, los jueces se han visto allí obligados a incorporar al acervo constitucional diversos derechos que no figuran ni en los textos del siglo XVIII ni en las Enmiendas posteriores: desde el derecho a la presunción de inocencia al derecho de asociación, pasando por el derecho a casarse y el de educar libremente a los hijos. Y la jurisprudencia norteamericana nos ofrece curiosos ejemplos de tutela judicial que fue articulada apoyándose en otros derechos expresamente protegidos por la Constitución.

Suele citarse una Sentencia de 1965, dictada en *Griswold v. Connecticut*, donde se consideró violado el derecho a la privacidad en el matrimonio, invocando al efecto las Enmiendas Primera (que se refiere a varios derechos, entre ellos el de libertad religiosa), la Enmienda Tercera (no alojar tropas sin el consentimiento del dueño de la casa), Enmienda Cuarta (inmunidad del hogar), Enmienda Quinta (garantías del imputado). Con estos derechos se argumentó que proporcionar información sobre el uso

de contraceptivos, que es lo que hacía el Sr. Griswold, director de una Liga de planeamiento familiar, conculcaba el derecho a la privacidad en el matrimonio. La Enmienda Novena, al dejar abierta la lista de derechos fundamentales, facilitó esta elaboración jurisprudencial de un derecho atípico.

Algo parecido se ha llevado a cabo por las interpretaciones constitucionales en Italia y en Alemania, cuyas Constituciones contienen unos preceptos que han facilitado la inclusión de nuevos derechos: art. 2 de la Constitución italiana; art. 2.1) de la Ley Fundamental de Alemania.

\* \* \*

El caso de la libertad informática merece una atención particular. La STC 254/1993, FJ 6, mencionó, por vez primera en nuestra jurisprudencia, la libertad informática, entendida como un derecho fundamental “en sí mismo”. Es un punto de apoyo para la pertinente construcción del derecho fundamental. Otra base firme la proporciona el art. 18.4 CE.

A mi entender, la libertad informática, en cuanto derecho fundamental no recogido expresamente en el texto de 1978, debe tener como eje vertebrador el art. 10.1 CE, ya que es un derecho inherente a la dignidad de la persona. Tal vinculación a la dignidad de la persona proporciona a la libertad informática la debida consistencia constitucional. También son preceptos que facilitan la configuración de la libertad informática los contenidos en los arts. 18.1 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) y 20.1 (libertad de expresión y de información), entre otros, así como los Tratados y Acuerdos internacionales, en cuanto son guías de interpretación constitucional (art. 10.2 CE): fundamentalmente, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), art. 8; el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las personas con respecto al Tratamiento Auto-

matizado de Datos de Carácter Personal (1981), arts. 5, 6, 8 y 9; Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la libre Circulación de estos datos, art. 13.

No ha de sorprendernos que en la Constitución Española de 1978 no se tutelase expresamente la libertad informática. Veintidós años atrás la revolución de la técnica en este campo apenas comenzaba y apenas se percibía. No hemos de extrañarnos tampoco por la omisión de esta materia en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Españolas. El entorno es ahora distinto del que fue nuestro mundo en 1978. La informática no ofrecía las actuales posibilidades para el quehacer vital, tanto positivas como negativas, con la adecuada protección de la dignidad de la persona. Muy significativo al respecto es que en la recentísima Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se haya incluido como una de las primeras libertades (art. 8) la resultante de la protección de datos de carácter personal.

En suma, los cimientos constitucionales para levantar sobre ellos el derecho de libertad informática son más amplios que los que proporciona el art. 18.4 CE, un simple mandato al legislador.

La piedra angular, base o fundamento principal, es el art. 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Las palabras clave, a mi entender, son “fundamentos del orden político y de la paz social”. Nos hallamos, pienso, ante *unos principios constitucionales* (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás). Al ser principios constitucionales, todo el ordenamiento ha de interpretarse conforme a esos principios. Son principios, además, directamente vinculantes.

Estoy utilizando, ciertamente, una distinción tripartita: *valores superiores*, constitucionalizados en el artículo primero de la Constitución, que, no obstante, carecen de especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados: orientan la interpretación y aplicación de las normas. En segundo lugar, *principios generales del derecho*, no recogidos en el texto de la Constitución, o acogidos como principios rectores, los cuales informan el ordenamiento constitucional, además de ser faros en la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias. En tercer lugar, pero en posición prevalente, *los principios constitucionalizados*, reconocidos y protegidos por la Constitución, que son los fundamentos mismos del sistema jurídico-político, a partir de los cuales se despliega todo el aparato de normas. *Estos principios constitucionales y constitucionalizados poseen la fuerza vinculante de las normas jurídicas, son fuente normativa inmediata, en el sentido profundo de no necesitar de la interposición de regla, o circunstancia alguna, para alcanzar su plena eficacia.*

Con estos principios constitucionales, de aplicación directa, y el apoyo de determinados derechos expresamente reconocidos en la Constitución de 1978, así como en Textos internacionales, es posible extender la tutela a ciertos derechos de singular relieve e importancia en el actual momento de la historia. Tal es el derecho fundamental de libertad informática.

\* \* \*

Además de los derechos contenidos expresamente en la Tabla de la Constitución de 1978, y de los implícitos en el Gran Texto, la refundamentación del Ordenamiento jurídico ha de llevar a aplicar los principios constitucionales.

Acabo de indicar la fuerza vinculante de estos principios. Excepcional atención merece, en las presentes circunstancias, *el interés general de España*. Pero antes de constatar la forma en



que el interés general de España se halla presente en la Constitución, y el alcance jurídico de esta presencia, me referiré a las *dos maneras de ver*, y considerar, el ordenamiento constitucional.

El primero de estos modos de acercarse a la Constitución arranca, como punto de partida, de la *soberanía* de la Nación española. Es una visión desde la soberanía. El segundo modo, camino, o método, parte de la *autonomía* de las Comunidades.

Estos dos enfoques nos llevan a consecuencias distintas en los varios órdenes de nuestra convivencia jurídico-política. También se aprecia de forma diversa, desde un punto de vista y desde el otro, el interés general de España.

Es cierto que la soberanía es un concepto que atraviesa hoy por una situación difícil, tanto interna como externamente. La literatura científica al respecto es abundante, con obras valiosas y otras de mediocre calidad. Pero en cualquier caso resulta indiscutible que debemos revisar ideas de medio siglo atrás (cuando algunos de nosotros aprendíamos en la Universidad). Y es evidente que los grandes teóricos de la soberanía, como Bodino o Hobbes, tienen que ser leídos con reservas, adaptando sus doctrinas al mundo contemporáneo, al mundo en que actualmente nos encontramos.

Sin embargo, la soberanía es pieza básica de la Constitución. En el Preámbulo se afirma: “La Nación española ... *en uso de su soberanía*, proclama ...”. El art. 1.1 CE es rotundo: “La *soberanía nacional* reside en el pueblo español ...”. Ante estas afirmaciones llenas y sonoras, el Tribunal Constitucional ha establecido, como meollo de su doctrina:

“La Constitución prefigura una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la *soberanía*; las CC.AA., caracterizadas por su *autonomía política*, y las provincias y municipios, dotadas de *autonomía administrativa* de distinto ámbito” (STC 32/1981, fundamento jurídico 3°).

En suma, el Estado es *soberano*. Con todos los efectos que dimanen de la soberanía. Las CC.AA. son titulares de un poder distinto, tanto en cualidad como en cantidad. Se trata de un poder *simplemente autónomo*.

El contraste entre poder soberano y poder autónomo ha sido estudiado por distinguidos colegas. De cuanto se ha escrito sobre el asunto, me importa, en este momento, retener lo siguiente:

1. El poder soberano es *originario*. Reside en el pueblo español (art. 1.2 CE).

2. El poder autónomo es *derivado*: es un poder reconocido y garantizado por la Constitución (art. 2).

Además del reconocimiento y garantía de las autonomías territoriales, que figura en el art. 2 de la Constitución, el art. 137 precisa que las Comunidades Autónomas gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos *intereses*. Esta mención expresa del “interés” resulta significativa.

La organización territorial de España, materia del Título VIII CE, tuvo que diseñarse con los condicionamientos propios del momento constituyente. Para conseguir el consenso hubo que ceder desde unas posiciones iniciales doctrinalmente más claras y políticamente menos vacilantes. De la ambigüedad de algunas de las fórmulas empleadas se han servido determinados intérpretes para presentar un ordenamiento constitucional basado en la autonomía de las Comunidades. Los poderes autónomos se utilizan para vertebrar el sistema, con la correspondiente infravaloración, menosprecio, del poder soberano de la Nación española.

En esta línea interpretativa, se desplaza la soberanía de la Nación española (que es, como acabamos de ver, la que proclama la Constitución) a una soberanía mitigada, disminuida, descafeinada, del Estado español. En el lenguaje político, con tanta habilidad como intención, no se emplea “Nación española” sino “Estado español”.

Junto a esta manipulación, los constructores de un ordenamiento constitucional apoyado, como cimientos del mismo, en el

poder de las CC.AA., procuran olvidar el carácter *derivado* del poder autónomo, así como la condición de *ordenamiento secundario* (fruto de la autonomía) de los ordenamientos jurídicos propios de las CC.AA., frente al *ordenamiento originario* (fruto de la soberanía) del Estado.

En definitiva, *se esboza un orden constitucional que sería el resultado de la concurrencia de los poderes autónomos, bajo la presidencia coordinadora del poder estatal.*

¿Es, acaso, este orden el que formaliza jurídicamente la Constitución Española de 1978?. Sinceramente, pienso que no. (Y expreso esta opinión admitiendo que el constituyente pudo organizar territorialmente España de un modo distinto, por ejemplo como Estado federal. No lo hizo, sin embargo. Mientras esté vigente la Constitución de 1978, el Estado de las autonomías es lo que tenemos; mis reflexiones las hago en el presente ordenamiento constitucional, no en otro de distinta configuración).

\* \* \*

Hemos de recordar que algunos principios constitucionales (legalidad, igualdad, etc.) traen causa de la Constitución y son, por ello, *principios constituídos*, esto es, principios cuya naturaleza jurídica, contenido y alcance *vienen definidos por la propia Constitución*. Todos ellos tienen, claro está, un contenido prejurídico, derivado de la conformación que han recibido a lo largo de la Historia. Sin embargo, no poseen otro valor y alcance que los que la Constitución les atribuye.

Quiere esto decir que, por ejemplo, el principio de legalidad carece de un contenido previo (histórico) asumido sin más por el Constituyente. La operación es más bien la inversa: tendrá el valor y el alcance que resulten de la interpretación sistemática de todos los preceptos constitucionales, por más que el contenido histórico y tradicional del principio pueda poseer notable importancia a la hora de interpretar la Constitución.

El *interés general de España* no es, por el contrario, un principio que resulte *sólo* de la interpretación sistemática del texto constitucional. Se trata de un principio *en sí mismo constituyente*, pues el interés al que se refiere (su objeto) es el que ha llevado al Poder Constituyente a promulgar la Constitución. España, dice el art. 1.1, se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. España se hace Estado —como se declara en el Preámbulo— *por voluntad de la Nación española, en uso de su soberanía*. Y se hace Estado, sin duda, para asegurar la consecución de determinados fines (los enumerados en el Preámbulo), pero, ¡atención! desde la base, fundamento o apoyo esencial de que con la creación del Estado debe atenderse siempre al fin del interés general de la Nación; es el objetivo supremo y presupuesto de los restantes. No se entiende un poder soberano que busque su propio perjuicio o su destrucción. El soberano lo puede todo, pero no puede querer su desaparición. (Resulta de aplicación aquí el aforismo jurídico, vigente a lo largo de la historia, según el cual “*es inadmisibile cualquier interpretación que conduzca al absurdo*”).

Además de ser un principio del que trae causa la existencia misma de la Constitución y del Estado, el interés general de España *presta su fundamento a diversos principios constitucionales*. En primer lugar, al principio autonómico, subordinado por el art. 2 al principio supremo de la unidad de la Nación (sujeto soberano, que integra las Comunidades Autónomas, cuyo Estatuto de Autonomía se aprueba y reforma por medio de Ley Orgánica, esto es, por Ley aprobada por las Cortes Generales, a las que el art. 66 otorga la representación del pueblo español).

El interés general es el *criterio para articular el esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. Es otra forma de decir que es un principio básico de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en una de sus primeras Sentencias, en la 4 de 1981, advirtió: “La autonomía no se garantiza por la Constitución —como es obvio— para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación o sobre



intereses generales distintos de los de la propia entidad” (fundamento jurídico 10º). Y esta primera posición doctrinal es ratificada en la STC 64/1990, fundamento jurídico 7º.

Las materias enumeradas en el art. 149.1 responden al momento de la unidad, se someten en su reparto al fin del interés general, en tanto que las materias excluidas de ese precepto y asumibles por la Comunidades Autónomas afectan a aquellos sectores o ámbitos en los que aquel interés general se articula con los intereses respectivos de las Comunidades Autónomas. Éstas asumen competencias para la satisfacción de sus intereses específicos, quedando en el Estado aquellas competencias en las que no puede admitirse menoscabo del interés general.

Basta pensar en el hecho de que el art. 149.1 reserva por completo al Estado las competencias en materia de defensa, moneda, relaciones internacionales, esto es, sobre aquéllas que son esenciales para la existencia misma del Estado (defensa, relaciones internacionales) o inexcusables para la creación de un mercado nacional (moneda, pesas y medidas).

De manera reveladora, el interés general de España se erige en *la causa que legitima la coacción estatal* en el supuesto contemplado en el art. 155 de la Constitución. Si una Comunidad Autónoma no cumpliera con sus obligaciones constitucionales o actuara de forma gravemente atentatoria al interés general de España, el Gobierno de la Nación, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a la Comunidad insumisa al cumplimiento forzoso de sus obligaciones, o para proteger el interés general de España.

La adopción de medidas corresponde al Gobierno, esto es, a un órgano del Estado, titular de la tutela del orden constitucional en su conjunto, y no sólo del ámbito de sus competencias exclusivas. La autorización del Senado evidencia que la tutela de ese interés no es únicamente misión del Estado (del que el Senado es un órgano), sino también de las propias Comunidades Autónomas, pues el Senado es Cámara de representación territorial (aunque

sea imperfecta) y entre sus miembros figuran los Senadores designados por las Comunidades Autónomas. Entre las medidas adoptadas puede figurar la sustitución de la Comunidad Autónoma por el Estado en el ejercicio de sus competencias, precisamente para ejercerlas (y no de cualquier manera, sino asegurando que la búsqueda del interés autonómico no se sobreponga al interés general de España).

\* \* \*

Volvemos a lo que dije al principio. La refundamentación del Ordenamiento jurídico se ha efectuado porque los principios y las normas constitucionales proporcionan un sentido y alcance nuevos a cualquier precepto jurídico, aunque éste sea viejo, promulgado en fecha remota. La *homología* es el concepto que nos sirve para entender lo sucedido.