



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile  
Chile

Nogueira Fernández, Albert  
¿CONSTITUCIÓN O LEY FUNDAMENTAL? ACERCA DE LA CONSTITUCIÓN PORTUGUESA DE  
1976

Estudios Constitucionales, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 615-638

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345016>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## ¿CONSTITUCIÓN O LEY FUNDAMENTAL? ACERCA DE LA CONSTITUCIÓN PORTUGUESA DE 1976\*

### ¿CONSTITUTION OR FUNDAMENTAL LAW? REFLECTIONS ABOUT THE 1976 PORTUGUESE CONSTITUTION

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ\*\*  
Universidad de Extremadura - España  
albertnoguera@unex.es

*RESUMEN: Se han acumulado tantas tergiversaciones en torno al concepto de Constitución, que es hoy en día sorprendente observar cómo incluso juristas, politólogos y políticos son víctimas de las mismas. El presente trabajo tiene como objetivo analizar, en primer lugar, cómo, fruto de dos de las grandes falacias construidas en la modernidad: la confusión y asimilación entre los conceptos de representatividad y democracia, por un lado, y la confusión y asimilación entre los conceptos de legalidad y legitimidad, por el otro lado; se ha producido una tergiversación de la idea de soberanía y, en consecuencia, de Constitución, que ha llevado a que llamemos Constituciones normas que, desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, no son Constituciones sino leyes. Y, en segundo lugar, ver cómo esta confusión se produce de manera clara en la vigente “Constitución” portuguesa de 1976.*

*ABSTRACT: It have been accumulated so many misrepresentations of the concept of Constitution, that today is surprising to note even as jurists, political scientists and politicians are victims of these ones. This article aims to analyze, first, how as the fruit of two of the great fallacies built into modernity: the confusion and assimilation between the concepts of representativeness and democracy, on the one hand, and the confusion and assimilation between the concepts of legality and legitimacy, on the other side; There has been a misrepresentation of the idea of sovereignty, and consequently of the idea of Constitution, which has led to everybody call Constitution to norms that, from the standpoint of democratic constitutional theory, are not Constitutions but Acts. And second, see how a clear example of this confusion, is the current 1976 portuguese Constitution.*

*PALABRAS CLAVE: Constitución, soberanía, Ley fundamental, Reforma Constitucional, Portugal.*

*KEY WORDS: Constitution, Sovereignty, Fundamental Act, Constitutional Reform, Portugal.*

---

\* Trabajo recibido el 17 de enero y aprobado el 24 de julio de 2013.

\*\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura, España; Doctor en Derecho por la Universidad de La Habana y la Universitat Jaume I de Castellón; Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universitat Autònoma de Barcelona.

## 1. LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES

El concepto de Constitución ha sido usado en el lenguaje jurídico con una multiplicidad inmensa de significados<sup>1</sup>. Sin embargo, en todas las acepciones, aunque con sus diferencias, la Constitución (escrita) se define como uno o varios textos normativos, esto es, una o varias leyes en sentido genérico: documentos que expresan normas (jurídicas). Ahora bien, si es así, ¿qué distingue a una Constitución de las demás normas jurídicas o leyes?

Podemos señalar dos diferencias principales: el poder del que emanan y, derivado de ello, su diferente fundamento de validez.

### *1.1. Poder constituyente c. poderes constituidos*

Tal como expresó Sieyès en su proyecto de Declaración de Derechos, que bajo el título *Reconnaissance et Exposition Raisonnés des Droits de l'Homme et du Citoyen* sometió a la consideración de la Asamblea Nacional los días 20 y 21 de julio de 1789: “Una Constitución supone ante todo un poder constituyente”.<sup>2</sup>

En consecuencia, mientras la Constitución tiene su origen en el Poder Constituyente, las leyes tienen su origen en los poderes constituidos. Poderes constituidos y Poder Constituyente se diferencian:

En primer lugar, por el momento donde operan. Los poderes constituidos operan en momentos de normalidad (cuando no se agudiza la amenaza o el estallido de algún tipo de crisis) donde existe un nexo orgánico o fusión entre Estado y Sociedad que implica la existencia de un consenso generalizado –activo o pasivo– por parte de los ciudadanos hacia el modelo político, social y económico dominante. El Estado asimila el desarrollo complejo de la Sociedad Civil a la estructura general de la dominación (la politización de lo social implica la socialización de la política), generando una cohesión voluntaria de los ciudadanos en torno al Estado (Hegemonía política). El Poder Constituyente, en cambio, opera en momentos de crisis o ruptura del nexo Estado-Sociedad. Momentos donde se produce una autonomización de lo social con respecto lo político y donde el orden económico, político y social formal ya no realiza las aspiraciones sociales. Estos son momentos de explosión de la movilización popular.

---

<sup>1</sup> Vid. GRISAFULLI (1975); DE BERGOTTINI (1976), pp. 274 y ss.; BURDEAU (1983), Cap. I; BASTID (1985); MODUGNO (1977), pp. 199 y ss.; ZAGREBELSKY (1988), pp. 75 y ss.; COMANDUCCI (1990), pp. 173 y ss.; GUASTINI (2007), pp. 15-29.

<sup>2</sup> PÉREZ (1997), p. 107.

En segundo lugar, por la forma del sujeto desde el que operan. Los poderes constituidos, al menos en los modelos de representación liberal donde los cargos públicos electos representan y deciden en nombre e interés, no del cuerpo electoral que los eligió, sino de ese ente abstracto y conjunto que es la nación, operan a través del *Pueblo-principio* o *Pueblo-nación*. Esto es la inclusión de todos, en condiciones de “igualdad”, en la sociedad entendida como todo unitario (comunidad política) personificado en los órganos políticos estatales. Se trata de un concepto schmittiano de pueblo o soberano que construye su generalidad o interés general desde la unanimidad, que genera unidad, que implica una subjetivación de lo común deshaciendo el tejido disensual de la sociedad, convirtiendo en actores de lo común aquellos que no lo son<sup>3</sup>. El Poder constituyente, en cambio, opera bajo la forma de *Pueblo-social*, que es la irrupción de mayorías o minorías activas en la escena política, es la suma de protestas e iniciativas de toda naturaleza, es el “pueblo-flujo”, el “pueblo-problema”; y de *Pueblo-electoral*, que es la mayoría aritmética que toma consistencia en las urnas. Estas dos formas de soberano (*pueblo-social* más *pueblo-electoral*) construyen una generalidad o “interés común” por mayoría, no por unanimidad, ya que tales cuerpos del pueblo no representan al pueblo o a sus intereses íntegramente o completamente, no son expresión de su unidad de intereses, sino que expresan una dimensión limitada del mismo, una o más clases o grupos sociales, con intereses propios en conflicto con el resto.

Y, en tercer lugar, por su voluntad. La voluntad de los poderes constituidos se asocia a la Constitución normativa, al conjunto de reglas establecidas en el texto constitucional. Sus mandatos se identifican con el Derecho positivo. La voluntad de los poderes constituidos es una voluntad continuadora o conservadora del *statu quo*. Aquí, quien vulnera la Constitución es quien vulnera la voluntad de los poderes constituidos. Por el contrario, la voluntad del Poder constituyente se vincula a una Constitución sociológica. La defensa de esta voluntad constituyente es una defensa transformadora del *statu quo*. Es una defensa contra el Poder. Aquí, la voluntad constituyente se dirige y actúa contra la legalidad vigente.

En resumen, podemos decir que los poderes constituidos son aquellos que actúan desde los lugares “tradicionales” de la política (instituciones del Estado) y sus sujetos (partidos políticos institucionalizados) para la producción de normas jurídicas reproductoras del *statu quo*, ya sean leyes ordinarias o de reforma constitucional [esto es lo que algunos han llamado el poder constituyente cons-

---

<sup>3</sup> Vid. SCHMITT (1981), p. 86.

tituido<sup>4</sup> que no deja de ser, al fin y al cabo, una forma de poder constituido]. Asimismo, el Poder constituyente es el que actúa desde los lugares “salvajes” de la política (espacios de autoorganización ciudadana) y sus sujetos (masas populares y movimientos sociales) para problematizar con la reproducción del *statu quo* y propiciar su transformación.

### 1.2. *Legalidad c. legitimidad*

De acuerdo con lo anterior, podemos decir que aquello que diferencia la Constitución de las otras leyes es que mientras las leyes, emanadas de los poderes constituidos, encuentran su fundamento de validez en las normas sobre la producción jurídica vigentes, en la “legalidad”; la Constitución, emanada del Poder constituyente, no encuentra su fundamento de validez en una norma precedente, sino en ser expresión directa (no indirecta) de la soberanía popular, en la “legitimidad”.

Mientras las leyes emanan de poderes de naturaleza jurídica en la medida en que su formación y competencias están definidas en la Constitución, en el origen del poder constituyente o de la Constitución no hay ninguna norma que le sirva de punto de referencia, ya que ella es la primera de todas, éste opera en una suerte de vacío jurídico, él mismo es el origen de todo Derecho, aquello único que lo define es ser manifestación de la soberanía popular. En consecuencia, el poder constituyente tiene que ser un poder políticamente legítimo, el concepto de legitimidad es la “característica constitutiva principal” de todo poder constituyente<sup>5</sup>.

Así pues, las fases típicas de un proceso constituyente legítimo y democrático para la aprobación de una Constitución, a diferencia de las leyes que se aprueban mediante el procedimiento legislativo establecido por la Constitución, son:

1º. Establecimiento de un sistema de libertades públicas que permita la participación política de todos los ciudadanos, así como el enfrentamiento entre los diferentes proyectos de ordenación futura del Estado que puedan existir en la sociedad, de tal manera que los ciudadanos puedan optar por uno u otro;

2º. Promulgación de la legislación electoral que permita la formación de una Asamblea Constituyente libremente elegida. Obviamente, dicha legislación tiene

---

<sup>4</sup> REQUEJO (1998).

<sup>5</sup> PÉREZ (1997), p. 107.

que garantizar que las elecciones serán libres y limpias, es decir, que no se producirá una falsificación de la manifestación de la voluntad de los electores;

3º. Constitución de una Asamblea Constituyente y elaboración parlamentaria de la Constitución. Tiene que hacerse a través de un procedimiento público y contradictorio que permita contrastar ante la opinión pública, en la forma de textos articulados, los distintos proyectos constitucionales que se habían ofertado políticamente al país en las elecciones constituyentes, y

4º Ratificación popular en referéndum. Los ciudadanos deben poder pronunciarse sobre la interpretación parlamentaria de la voluntad constituyente manifestada por ellos en las urnas, ratificando o no el proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente<sup>6</sup>.

Este último aspecto es clave, a pesar que la redacción del texto constitucional la realiza la Asamblea Constituyente por razones obvias de que todo el pueblo no puede reunirse en grupo en un mismo espacio, sino que la redacción constitucional requiere de la diligencia y acción personal de un grupo de representantes de los ciudadanos, al final es el pueblo el cual mediante expresión de su voluntad en referéndum constitucional, manifiesta que la Asamblea Constituyente ha hecho una buena interpretación de la voluntad popular constituyente y aprueba la Constitución.

Si nos fijamos en el preámbulo de la Constitución norteamericana de 1787, por ejemplo, éste establece:

“NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América”.

Por tanto, quien emite la Constitución es “el pueblo norteamericano” directamente. En cambio, si nos fijamos en el texto de cualquier ley, por ejemplo, la “Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial”, en España, la cual empieza estableciendo:

“A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo (Juan Carlos I. Rey de España) vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:”

---

<sup>6</sup> PÉREZ (1997), p. 117.

O, la “Loi N° 78-17 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés”, en Francia, para poner otro ejemplo, que empieza:

“L’Assemblée nationale et le Sénat ont adopté.  
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:”.

Observamos, que quien emite la norma son los órganos del Estado. Son el órgano legislativo, como representante de los ciudadanos, y el rey, en España, o el Presidente de la República, en Francia, como jefes de Estado, los que sancionan y promulgan una ley. Y estos órganos de Estado emiten la ley porque la “legalidad” (la Constitución española y francesa) determina que es a ellos a quien corresponde emitir la ley.

De acuerdo con esta fundamentación teórica, la hipótesis que presentaré a continuación consiste en señalar que, en el caso de la vigente Constitución portuguesa de 1976, no se trata, a pesar de su nombre, de una “auténtica Constitución” –para usar la expresión de Jellinek<sup>7</sup>–, sino de una Ley, una Ley Fundamental ya que regulan lo que L. Paladín denomina las normas fundamentales de todo ordenamiento jurídico<sup>8</sup>: a) las que determinan la llamada forma de Estado<sup>9</sup>; b) las que determinan la forma de gobierno<sup>10</sup>, y c) las que disciplinan la producción normativa; pero al fin y al cabo, una Ley, pues nunca ha sido ratificada mediante referéndum por el pueblo y, por tanto, su fundamento de validez no reside en la “legitimidad”, sino que es fruto de una tramitación y aprobación parlamentaria y, por tanto, su fundamento de validez reside en la “legalidad”.

Que una Constitución no aprobada directamente por el pueblo no es una Constitución fueron muy conscientes los alemanes, que concluyeron que sin una Asamblea Constituyente elegida libremente por el pueblo alemán y sin la ratificación democrática del texto redactado por esa Asamblea, no podía aprobarse una verdadera Constitución, y al texto que ordenaba las instituciones del país, en 1949, se le denominó conscientemente “Ley Fundamental”.

---

<sup>7</sup> Jellinek afirmaba: “... sólo es Constitución auténtica la Constitución constitucional”. (ARAGÓN (2007), p. 34).

<sup>8</sup> PALADÍN (1991), p. 25.

<sup>9</sup> La noción de forma de Estado se refiere en general a los diversos modos en que son organizadas las recíprocas relaciones entre los llamados elementos constitutivos del Estado (pueblo, gobierno y territorio). Por ejemplo: democracia versus autocracia, Estado unitario versus Estado federal.

<sup>10</sup> La noción de forma de gobierno, a su vez, se refiere al modo en que son organizadas las relaciones recíprocas entre los órganos constitucionales (especialmente parlamento, gobierno y jefe de Estado). Por ejemplo: gobierno parlamentario versus gobierno presidencial.

## 2. EL PROCESO CONSTITUYENTE PORTUGUÉS (1974-1976).

### LA SOBERANÍA SE DA Y NO SE QUITA, ¿O SÍ?

Desde el surgimiento de la primera Constitución portuguesa, la Constitución de 1822 consecuencia de la revolución de 1820, ha existido una relación constante entre la historia política y la historia constitucional de Portugal. Como en otros países, han sido los hechos decisivos de la historia política los que, directa o indirectamente, han desencadenado la aparición de las Constituciones.

El hecho político que supuso el inicio del proceso de formación de la vigente Constitución de 1976, fue la revolución de 25 de abril de 1974, con la que se puso fin, después de 48 años, a la dictadura de Salazar.

La revolución de 25 de abril de 1974 no fue, como tantas otras, una revolución meramente política, sino que nació ya con una clara idea de Derecho. El programa divulgado, la madrugada siguiente al día de la revolución, por el Movimiento de las Fuerzas Armadas, protagonista del levantamiento que dio lugar a la transición democrática y a la nueva Constitución, no fue un mero texto político, sino un texto cargado de sentido jurídico. El documento contenía medidas inmediatas relativas a la sustitución de los órganos de poder y a la restauración de las libertades cívicas y, medidas a corto plazo relativas a las grandes líneas de la política del país hasta la elaboración de la nueva Constitución. Su función era una función constituyente, de creación del ordenamiento, de pre-Constitución. Por eso, disponía que el Gobierno Provisional gobernaría mediante decretos-leyes que debían someterse obligatoriamente a su espíritu<sup>11</sup>.

Asimismo, el Programa del Movimiento de las Fuerzas Armadas anunciaba públicamente, la convocatoria en el plazo de doce meses de una Asamblea Nacional Constituyente elegida por sufragio universal, directo y secreto, según la ley electoral a elaborar por el Gobierno Provisional, que debería tener por única misión: escribir y aprobar la nueva Constitución, disolviéndose una vez cumplido su objetivo.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> MIRANDA (1998), p. 577.

<sup>12</sup> La Asamblea Constituyente portuguesa no asumió “plenos poderes”, esto es, asumir conjuntamente con la misión de elaborar una Constitución, también competencias legislativas y de control político inherentes a un verdadero parlamento. Así, el artículo 2 de la Ley Nº 3/74 enunciaba como órganos de soberanía hasta que iniciasen el ejercicio de sus funciones los órganos que instituyera la nueva Constitución, casi en el mismo plano, la Asamblea constituyente y el Presidente de la República, la Junta de Salvación Nacional, el Consejo de Estado, el Gobierno Provisional y los Tribunales. El artículo 3, número 1, restringía a la Asamblea la elaboración y aprobación de la Constitución, lo que, conjugado con los preceptos sobre los

Esto quería decir que, de acuerdo a la doctrina constitucional democrática, el Movimiento de las Fuerzas Armadas se proponía devolver el poder al pueblo. En esto se distinguía de todas las revoluciones militares de nuestra época. Sin embargo, la soberanía le fue devuelta al pueblo sólo por un día, el día en que los portugueses eligieron a los constituyentes, al día siguiente le fue retirada y nunca más devuelta.

La Asamblea Constituyente, después de prorrogar el tiempo establecido inicialmente, elaboró una Constitución. Sin embargo, ésta nunca ha sido sometida a referéndum popular ratificatorio. De acuerdo con la ley número 3/74, de 14 de mayo (la principal ley constitucional revolucionaria), a la Asamblea Constituyente no le correspondía solamente “elaborar”, sino también “aprobar” la Constitución. No era por tanto, un mero órgano de redacción, era un órgano con competencia plena para conferir obligatoriedad a la nueva Constitución, sin necesidad de someterla a referéndum constitucional popular, lo cual no deja de ser sorprendente.

Lo lógico habría sido, desde una perspectiva democrático-constitucional, que el pueblo hubiera sido llamado a manifestarse en las urnas sobre la interpretación parlamentaria de la voluntad constituyente manifestada por la Asamblea en el proyecto de Constitución, que no tiene que ser siempre la adecuada. De

---

otros órganos, le detraía poderes de cualquier otra especie. Este tipo de reglas tenían su precedente en Francia en 1945 y en Italia en 1946 y llegarían a tener algún paralelismo en Grecia en 1974-1975.

En Francia, teniendo en cuenta los resultados del referéndum efectuado conjuntamente con la elección de la Asamblea, ésta era una Asamblea constituyente sin poder de gobierno.

En Italia, la Asamblea constituyente tenía competencia legislativa limitada de acuerdo con una compleja articulación con el Gobierno.

En Grecia, a su vez, la Asamblea, denominada de revisión de 1974-1975 no podía decidir sobre la opción entre Monarquía y República (que correspondía al pueblo) y tenía que tomar como base de su trabajo el proyecto de Constitución elaborado por el Gobierno salido de las elecciones para la Asamblea (que era también legislativa).

Estas situaciones se contraponen con algunos de los últimos procesos constituyentes en América Latina. Para poner el ejemplo más reciente, el primer Decreto de la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 2007-2008, el “Mandato Constituyente Núm. 1” aprobado el 29 de noviembre de 2007, el mismo día en que se instaló la Asamblea, señaló: que por mandato popular, la Constituyente asumía y ejercía el poder constituyente con plenos poderes (art.1); que sus decisiones serían jerárquicamente superiores a las de cualquier otro órgano y de obligatorio cumplimiento para todos los ciudadanos y poderes públicos (art. 2); que asumía las atribuciones y deberes del poder legislativo, por lo que declara en receso a los diputados, sin posibilidad de los mismos de autoconvocarse (art. 7); así como declaró concluidos los períodos para los que fueron designados el Contralor General de la República, el Procurador General del Estado, Fiscal General, Defensor del Pueblo y Superintendentes de Telecomunicaciones, Compañías, Bancos y Seguros, designando provisionalmente a personas para esos cargos (art. 9).

hecho, en 1945, la ciudadanía francesa, consultada en referendo sobre el producto constitucional elaborado por una verdadera Asamblea Constituyente, entendió que la propuesta de sus representantes constituyentes no reflejaba completamente sus intereses sociales y políticos y obligó, votando negativamente al texto sometido a consulta, a que se reconsideraran diversos aspectos de la propuesta constitucional.

### 3. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN PORTUGAL

El carácter no democrático de la llamada Constitución portuguesa vigente no sólo se da en el momento de su promulgación en 1976, con posterioridad, el texto constitucional ha sido reformado siete veces, sin consultar en ningún caso a la ciudadanía.

La cuestión de la reforma de las constituciones ha generado en el seno de la doctrina constitucional diversas discusiones y problemáticas, una de ellas el tema de quién es “sujeto” de la competencia o la función modificatoria de la Constitución. Solamente los cuerpos parlamentarios, o también el pueblo<sup>13</sup>.

Sobre esta cuestión, la Constitución portuguesa de 1976 fijó el mecanismo de reforma constitucional. Esta disposición establecía que la reforma constitucional debe ser aprobada por los dos tercios de los diputados en el cargo, no antes de que hayan transcurrido cinco años de la reforma precedente. Si no han transcurrido cinco años se necesita una mayoría de cuatro quintos (arts. 286-288).

Si bien se trata, como podemos observar de una Constitución rígida, en tanto su reforma mediante ley (ley de reforma constitucional), exige de un procedimiento de formación más complejo, agravado, respecto al que rige para las leyes ordinarias, la reforma constitucional en Portugal es relativamente fácil en comparación con otras constituciones como, por ejemplo, la de Dinamarca o la española en las que esta es extremadamente difícil<sup>14</sup>. En estos dos últimos casos,

<sup>13</sup> HÄBERLE (2003), pp. 140-145.

<sup>14</sup> La Constitución de Dinamarca, por ejemplo, establece que si una propuesta de reforma constitucional es votada por el Folketing y el gobierno quiere darle seguimiento, el Folketing se disuelve y se procede a nuevas elecciones legislativas. Si el proyecto de reforma es aprobado (sin enmiendas) por el nuevo Folketing, se somete a referéndum popular. El proyecto debe recoger el voto favorable de la mayoría de los votantes (no inferior al 40% de los que tengan derecho al voto) y ser sancionado por el rey (art. 88).

En el caso de la Constitución española de 1978, ésta dispone que, normalmente, los proyectos de reforma sean adoptados por las dos Cámaras por una mayoría de tres quintos y, en seguida, puesto a ratificación

España en el supuesto de una revisión total de la Constitución o de la revisión de ciertas partes delicadas, y Dinamarca, la ley de reforma constitucional debe ser aprobada en dos sucesivas legislaturas y, además, la primera aprobación de un proyecto de reforma comporta para las Cámaras que lo votan, su disolución. Se intuye que puede ser difícil encontrar un Parlamento dispuesto a provocar su propia disolución. Y, además, no es un hecho que en dos parlamentos sucesivos se reproduzca la misma mayoría favorable a la reforma<sup>15</sup>.

De acuerdo con el procedimiento señalado en la Constitución portuguesa, en este país, en los pocos más de treinta años de vida de la Constitución se han producido siete reformas constitucionales:

- *La reforma de 1982 (Ley Constitucional N° 1/1982, de 30 de septiembre):*

La reforma constitucional de 1982 fue muy extensa, la ley de reforma tenía 237 artículos en la parte relativa a las modificaciones de la Constitución<sup>16</sup>. Las líneas principales de la revisión fueron<sup>17</sup>:

a) Eliminación casi completa de las señas o expresiones ideológico-coyunturales derivadas de 1975 y, en particular, la supresión de las referencias al socialismo en todos los artículos, salvo en el artículo 2 (pudiendo cuestionarse si el socialismo conserva algún sentido autónomo);

b) Perfeccionamiento de los derechos fundamentales y clarificación de la Constitución económica en la línea del pluralismo;

c) Extinción del Consejo de la Revolución y punto final de las funciones políticas de las Fuerzas Armadas, y

---

popular siempre que un décimo de los miembros de una de las Cámaras así lo requieran (art. 167). Sin embargo, cuando se trate de una revisión total de la Constitución o de la revisión de ciertas partes delicadas (entre ellas la relativa a los derechos de libertad), se procede como sigue: el proyecto de reforma es aprobado por mayoría de dos tercios de los miembros de las Cámaras las que, de ese modo, provocan su disolución; las nuevas Cámaras deliberan si toman en examen el proyecto y en seguida lo aprueban por mayoría de dos tercios. Finalmente, el proyecto se somete a referéndum (art. 168).

<sup>15</sup> GUASTINI (2001), p. 192.

<sup>16</sup> La Ley Constitucional 1/82 estaba dividida en dos partes: una primera correspondiente a las alteraciones y una segunda que establecía las disposiciones transitorias relativas a su propia vigencia. A pesar de la gran cantidad de artículos modificados, se tuvo el cuidado de conservar la numeración dentro de cada parte y de cada título y sólo se hizo excepción en los títulos VII y VIII de la parte III. Al final, de 312 artículos que tenía la Constitución, pasó a tener 300. (MIRANDA (1998), pp. 600-601).

<sup>17</sup> MIRANDA (1998), p. 601.

d) En conexión con lo anterior, la reformulación de las relaciones entre el Presidente de la República, la Asamblea de la República y el Gobierno, con reflejo en el sistema político y la creación del Tribunal Constitucional.

Esta ley de revisión fue sometida a consideración del pleno de la Asamblea de la República y aprobada por dos tercios de los diputados.

- *La reforma de 1989 (Ley Constitucional N° 1/1989, de 8 de julio):*

Esta reforma llevó a cabo en la misma dirección de desideologización que la anterior, modificaciones en la Constitución económica como la redefinición de los sectores de propiedad, de los modos de producción, alteración del sistema de planeamiento, abolición del principio de irreversibilidad de las nacionalizaciones, reformulación de las políticas agrícola, comercial e industrial, etc. Por otro lado, se profundizó determinados Derechos Fundamentales (comunicación social, garantías del administrado, etc.), se creó un nuevo tipo de leyes (leyes orgánicas), se introdujo el referéndum a nivel nacional y se modificó la regulación de los límites materiales de la reforma constitucional.

- *La reforma de 1992 (Ley Constitucional N° 1/1992, de 25 de noviembre):*

Fue resultado de la ratificación del Tratado de la Unión Europea (TUE). Fruto de ello, se reformaron varios artículos como el artículo 7 referido al ejercicio en común de poderes para construir la Unión Europea; el artículo 15 sobre el derecho al sufragio, en elecciones municipales, de los extranjeros residentes en Portugal, y el artículo 105 referido al Banco de Portugal y la política monetaria. Para poder realizar esta revisión, previamente hubo que modificar el texto constitucional, ya que no habían transcurrido cinco años desde la anterior y prever la posibilidad de una revisión extraordinaria de la Constitución (art. 284.2).

- *La reforma de 1997 (Ley Constitucional N° 1/1997, de 20 de septiembre):*

La cuarta reforma constitucional del año 1997, tuvo formalmente por objetivo autorizar la convocatoria de referéndum para cuestiones de relevante interés nacional, forma eufemística de denominar al TUE, respecto al que todos los partidos políticos se habían comprometido a consultar al país. Pero, en realidad, dicha reforma comportó una modificación del texto constitucional más profunda y de más largo alcance, toda vez que afectó al sistema electoral, al Poder Judicial y al sistema político general.

- *La reforma de 2001 (Ley Constitucional N° 1/2001, de 12 de diciembre):*

La quinta reforma fue para permitir la autorización de la orden de busca y captura, a escala europea, suprimiendo los juicios de extradición y posibilitando la entrega inmediata de aquellas personas acusadas de terrorismo en espacio europeo.

- *La reforma de 2004 (Ley Constitucional N° 1/2004, de 24 de julio):*

Reforma numerosos artículos de la Constitución en lo relativo a, entre otras cuestiones, los estatutos y leyes electorales, la autonomía legislativa, el representante de la República, los órganos de gobierno propios de las regiones autónomas, la competencia de la Asamblea legislativa de la región autónoma, la firma y veto del representante de la República y la disolución y dimisión de los órganos de gobierno propio.

- *La reforma de 2005 (Ley Constitucional N° 1/2005, de 12 de agosto):*

Agrega un nuevo artículo 295 relativo al referendo sobre la aprobación del Tratado Europeo.

Sin embargo, aún considerando la importancia del contenido de estas reformas, en ninguna de estas reformas se ha preguntado al soberano que se pronuncie, lo que resulta enormemente criticable. Parece una incongruencia la existencia de una “Constitución” que se llama democrática cuyas reformas están sustraídas de la voluntad popular. El mecanismo de reforma constitucional establecido en la Constitución portuguesa restringe al pueblo en su viejo derecho —establecido ya en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793— a revisar, reformar y cambiar su Constitución, y lo deja en manos de la alternanza de la correlación de fuerzas parlamentarias coyunturales.

#### 4. LA LEGITIMACIÓN DE LA APROBACIÓN Y LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES REALIZADAS A ESPALDAS DE LA CIUDADANÍA

El hecho de que llamemos democrática, con el automático juicio aprobatorio que este adjetivo despierta en la ciudadanía, a un mecanismo de aprobación de la Constitución y de la reforma constitucional realizado por tramitación parlamentaria, a espaldas de la ciudadanía, como es el reconocido en la Constitución portuguesa, pero también en otras constituciones europeas como en la Ley

Fundamental de Alemania que, en su artículo 79, establece que ésta puede ser modificada por una ley que cuente con la aprobación de dos terceras partes de los miembros del Bundestag y dos tercios de los votos del Bunderat, es fruto de la tergiversación de la idea de democracia que ha tenido lugar en la iuspublicística contemporánea.

Es a partir de los procesos históricos de confusión de los conceptos de:

1. representatividad y democracia, y
2. legalidad y legitimidad;

que empieza a llamarse democráticos y, por tanto, empiezan a legitimarse socialmente sistemas constitucionales como el portugués que, desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, no lo son.

#### *4.1. Tergiversación y confusión de los conceptos fundamentales de los modelos constitucionales romano-latino y germano-anglosajón: democracia-representatividad*

La idea de una especificidad romano-latina constitucional en contraposición al modelo germano-anglosajón se va matizando en el curso del siglo XVIII hasta llegar a lo que podemos considerar su explicación iuspublicística más completa y consecuente, en el pensamiento de los dos grandes del constitucionalismo moderno europeo, es decir, Montesquieu y Rousseau.

Por un lado, Montesquieu, crítico severo del modelo romano, manifiesta su antirromanismo en cualquiera de sus obras, y queda claro que era un abierto admirador de *La Germania*, de Tácito, obra que cita repetidamente en “El Espíritu de las Leyes”. Para Montesquieu los romanos eran un pueblo que al tener una tan cruda esclavitud habían pisoteado la naturaleza humana y por eso, decía, al conquistar el Imperio Romano, los godos fundaron la monarquía y la libertad.

Este sistema constitucional inglés, nacido en los “bosques de la Germania” y que Montesquieu defiende como suyo, se basa en las instituciones:

a) de la representación: esta es una figura originaria del derecho privado, mediante la cual una persona llamada representante asume la voluntad de otra incapaz, llamada *representado*, y actúa en nombre de ella, con gran libertad; de hecho, el *representante* se subroga en la personalidad y en la voluntad del *representado*, lo sustituye plenamente. En general requieren representante, los menores de edad y los incapacitados. Esta concepción concebía, pues, al pueblo como una masa de analfabetos incapaces de gobernarse sin caer en la anarquía o el caos, con lo cual la única manera de garantizar la gobernabilidad, la protección y la libertad

era mediante la delegación del poder soberano en manos de los más capaces (sujetos representantes)<sup>18-19</sup>, y

b) de la división y distribución de los tres poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) entre monarca, nobleza y comunes o burguesía; con la capacidad de cada uno de ellos de limitar el poder del otro. Como mecanismo de control ante los posibles abusos de poder de los representantes, debía producirse, afirmaba Montesquieu, la tripartición del poder en tres poderes, con capacidad cada uno de ellos de limitar el poder del otro. La tripartición de poderes es, en consecuencia, un sistema de autocontrol del poder (separado del pueblo) mediante unos mecanismos de “pesos y contrapesos” entre los poderes del Estado.

La tesis opuesta al constitucionalismo anglosajón montesquiano la modeló Rousseau, admirador de la república romana y de sus instituciones y defensor de la libertad plena de los antiguos que precisamente utiliza para su exposición al pueblo inglés como ejemplo de la pérdida de la honra humana por medio

---

<sup>18</sup> Una concepción parecida había sido planteada ya por Locke en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. En esta obra Locke hace un alegato en defensa del derecho natural individual ilimitado a la propiedad de cada hombre sobre los frutos de su trabajo. A continuación, establece que los hombres entran en la sociedad civil y se colocan bajo la autoridad de un gobierno, para la conservación de su propiedad. Locke usa el concepto de propiedad de manera ambigua, en dos sentidos. La propiedad para cuya defensa los hombres se someten a la sociedad civil se formula en algunas ocasiones, en un sentido amplio, identificando propiedad con el derecho “a la vida, la libertad y haciendas de las personas”; y en otras ocasiones, en un sentido más restringido o tradicional, entendiendo la propiedad como un derecho a la tierra y a los bienes.

Cuando la propiedad se considera consistente en el derecho a la vida y la libertad, todos los hombres (salvo los esclavos), pueden ser miembros de la sociedad civil. Cuando se considera que sólo se trata de la tierra y los bienes, únicamente pueden ser miembros de ella los poseedores. Habría, en consecuencia, dos tipos de contratantes. Todos, tuvieran o no propiedades en sentido estricto, quedaban incluidos por tener un interés en conservar su vida y libertad. Al mismo tiempo, solamente quienes tenían tierras y bienes podían ser miembros de pleno derecho (*ciudadanía*) por dos razones: solamente ellos tenían un interés pleno en la conservación de la propiedad, y solamente ellos eran plenamente capaces de aquella vida racional –la sumisión voluntaria a la ley de la razón– que es la base necesaria de la participación plena en la sociedad civil. La clase trabajadora, al carecer de tierras y bienes, queda sometida a la sociedad civil pero no es miembro de pleno derecho de ella.

Tal ambigüedad acerca de quiénes son miembros de la sociedad civil en virtud del supuesto contrato original le permite a Locke considerar a todos los hombres como miembros al objeto de ser gobernados y solamente a los hombres poseedores como miembros al objeto de gobernar, como “ciudadanos”. Todos los hombres están obligados a cumplir la ley pero sólo los propietarios, o “ciudadanos”, son los que pueden, a través del Poder Legislativo, gobernar y decidir si tienen o no tienen que pagar impuestos y, en su caso, cuáles; así como beneficiarse claramente de la protección de los derechos, puesto que el reconocimiento del derecho ilimitado de propiedad conlleva el no respeto de los derechos y libertades de los no propietarios (LOCKE (2000)).

<sup>19</sup> BULTÉ (2004).

de su absurdo gobierno, y dice que el inglés se cree libre, pero en realidad sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento, y después de ésta se convierte en esclavo.

Para Rousseau la representación era, inspirándose en Roma, la negación de la soberanía total del pueblo que no podía ser delegada ni dividida. Para él, la tripartición de poderes también era un absurdo nacido de la estamentación feudal, puesto que la garantía ante los posibles abusos de poder de los gobernantes había que realizarse directamente por el pueblo, de acuerdo con el principio romano del Tribunado.

Desde el momento en que la tesis roussoniana y montesquiana se opusieron, los modelos anglosajón y romano se convirtieron en centro de la contraposición desde sus instituciones políticas y su relación con los individuos particulares<sup>20</sup>.

Hay que afirmar que nadie dudó, durante el siglo XVIII y las primeras décadas del XIX, que la representación era antitética de la democracia, y cuando se habló de los modelos de representación se estuvo siempre en el claro entendido de que ellos repudiaban a la democracia, la que se asociaba, en el pensamiento liberal, a una forma de gobierno de las muchedumbres, que degeneraba siempre, porque lo llevaba en su naturaleza, en la anarquía<sup>21</sup>.

No será hasta mediados del siglo XIX, con la obra de Alexis de Tocqueville, editada por primera vez en París, en 1835, con el título de “La democracia en América”, que se produce un adulteración de los conceptos y aparecen unidos los términos antitéticos, es decir, la democracia y la representación y comienza a hablarse, como lo hacemos hoy, de democracia representativa.

Aunque los padres de la Constitución norteamericana de 1787 habían querido el Estado “republicano”, pero nunca “democrático”, como ejemplo, James Madison, uno de los padres fundadores del nuevo país, y presidente de Estados Unidos entre 1809 y 1817 escribió al finalizar la revolución norteamericana,

---

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ (2005), p. 17.

<sup>21</sup> “¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno? Pedir consejo al pueblo, como se hacía antiguamente en las repúblicas populares, significa tanto como pedir cordura al loco”. (J. BODIN, citado por DEMIRDJIAN; GONZÁLEZ (2003), p. 342).

“las democracias siempre han ofrecido el espectáculo de la turbulencia y de la discordia, se han mostrado siempre enemigas de cualquier forma de garantía en favor de las personas o de las cosas”<sup>22,23</sup>.

Tocqueville llama “democrático”, por primera vez, al modelo norteamericano, permitiendo una confusión que todavía no se elimina de la iuspublicística contemporánea. De una lectura detallada de “La democracia en América” se descubre que Tocqueville era plenamente consciente de las diferencias inconciliables entre representatividad y democracia, no obstante, Tocqueville, al analizar la primera Constitución norteamericana quiere disfrazarla de gobierno popular, para lo cual el paradigma a mano es el de la democracia. En el capítulo primero de la segunda parte de la obra llamado “Cómo se puede decir rigurosamente que en los Estados Unidos es el pueblo el que gobierna”, Tocqueville descubre que la representación no alcanza para esa justificación y que ella niega la soberanía popular, aunque encuentra una salida que es en fin la esencia de su tesis:

“... y aunque la forma de gobierno sea representativa, es evidente que las opiniones, los prejuicios, los intereses y aun las pasiones del pueblo no pueden encontrar obstáculos durables que le impidan producirse en la dirección cotidiana de la sociedad”<sup>24</sup>.

Es a partir de Tocqueville que toda la iuspublicística posterior asume la adulteración del concepto de democracia. Al respecto, dice Lobrano: “del consciente y general rechazo de la democracia se pasa luego a un consenso general frente a ella (el uso de la palabra democracia implica ahora automáticamente un juicio aprobatorio de la sociedad o institución que describe) a precio, sin embargo, de una desvalorización tan radical del concepto que hace vano cualquier intento de análisis<sup>25</sup>. Surgen a partir de este momento, y hasta nuestros días, múltiples

---

<sup>22</sup> MADISON (1955).

<sup>23</sup> Howard Zinn en *La otra historia de los Estados Unidos (Desde 1492 hasta hoy)*, dice sobre esto: “Alexander Hamilton, ayudante de campo de Washington durante la guerra, era uno de los más influyentes y astutos líderes de la nueva aristocracia. Expresó así su filosofía política:

Todas las comunidades se dividen entre los pocos y los muchos. Los primeros son los ricos y bien nacidos, los demás la masa del pueblo... La gente es alborotadora y cambiante; rara vez juzgan o determinan el bien. Hay que dar a la primera clase, pues, una participación importante y permanente en el gobierno... Sólo un cuerpo permanente puede controlar la imprudencia de la democracia” (ZINN (2001)).

<sup>24</sup> TOCQUEVILLE (1957), Cap. 1 de la segunda parte.

<sup>25</sup> LOBRANO (1990), p. 53.

concepciones de la democracia [las teorías pluralistas de la democracia<sup>26</sup>, concepciones procedimentalistas de la democracia<sup>27</sup>, concepciones sustantivas de la democracia<sup>28</sup>, tesis de la cooriginalidad<sup>29</sup>, etc.] y todas ellas parten de una asociación entre representación y democracia.

#### *4.2. Modernidad e identificación legalidad-legitimidad: de la soberanía popular a la soberanía del Derecho*

Si revisamos la historia, observamos que la legitimidad del orden jurídico (legalidad) vigente en cada época, ha venido dada por diversos elementos.

Si bien en Aristóteles lo jurídico formaba parte de la ética y en Tomás de Aquino de la religión. En el siglo XVIII, con la asunción del poder por parte de la burguesía y la aparición y consolidación del Estado moderno como Estado soberano que asume el monopolio de la fuerza y de la producción normativa, se produjo un abandono de la concepción de inmutabilidad y universalidad del Derecho (modelo iusnaturalista) que situaba la producción normativa en un autor suprahumano, Dios o la naturaleza, y apareció un criterio particularista que afirmaba que el Derecho posee una naturaleza y una existencia exclusivamente histórica.

Se rompió la relación entre Derecho y trascendentalidad universal y se constituyó una relación entre el Derecho y el poder político o el Estado, el cual tenía su legitimación en el “ser expresión” de la soberanía<sup>30</sup>, conectada primero a un hombre (El Príncipe) en la monarquía, y después, al pueblo (contrato social) en la Democracia.

---

<sup>26</sup> DAHL (1961).

<sup>27</sup> WALDRON (1999).

<sup>28</sup> DWORKIN (1977, 1986, 1996).

<sup>29</sup> HABERMAS (1995).

<sup>30</sup> Las fuentes teórico-doctrinales de que se valió la burguesía para propiciar este cambio en la concepción jurídica, el cual le era útil para revestir de valor absoluto y prestar una justificación inmanente al contexto surgido con su toma del poder, fueron:

a) La tradición historicista dieciochesca de Montesquieu, expresada principalmente en su obra *El espíritu de las Leyes* (1748), y

b) Las aportaciones hechas, sobre la relación entre Derecho y Poder político, por el llamado positivismo jurídico o estatista, planteado originalmente por autores como Jean Bodino en *Los Seis Libros de la República* (1576), donde introduce el concepto de *Soberanía* y le otorga, como atributo central e importantísimo, la producción normativa: “el primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular” (BODINO (1973), p. 66).

Aunque León Duguit, en su “*Traité de Droit Constitutionnel*”, nos descubrió algunos antecedentes interesantes de la noción de la soberanía del pueblo<sup>31</sup>, ésta adquirió cuerpo y devino fundamento de la legitimidad del Estado y el Derecho con la idea del contrato social de Rousseau. La Constitución francesa de 1793 fue el primer texto legal que estableció que “la soberanía reside en el pueblo...”. De acuerdo con esta teoría, un ordenamiento jurídico (legalidad) sólo será legítimo cuando:

- a) emane o sea emitida por el soberano (“el pueblo”), y
- b) exprese la voluntad e intereses generales de este soberano;

de lo contrario, legalidad y legitimidad serán dos conceptos contrarios. En consecuencia, legalidad y legitimidad no son, en consonancia con esta concepción, dos conceptos inseparables “*per se*”.

No obstante, con el surgimiento de la modernidad y del término “Estado de Derecho”, la noción de “legitimidad” empezó a confundirse con la de “legalidad”.

La expresión “Estado de Derecho” (*Rechtsstaat* o Rule of Law –gobierno de las leyes–) se atribuye a Robert von Moll en una obra de 1832. En ese contexto el “Estado de Derecho” surge como un concepto político de lucha contra el Estado absoluto, donde el rey estaba desvinculado de las leyes (*legibus solutus*), que propugnaba la sujeción del poder público al Derecho.

Y es por esto que el Estado de Derecho puso el énfasis principal de su justificación, de su legitimidad, no tanto en su conformidad con una ley superior de justicia emanada del pueblo, como en el hecho de haber impuesto en todos los ámbitos de su jurisdicción el primado de la ley positiva y el estricto sometimiento de todos los actos de las instancias estatales a esta ley positiva.

El especial énfasis en este aspecto supuso que progresivamente se fuera produciendo un tránsito o evolución de la idea de soberanía como concepto político, hacia la soberanía como concepto jurídico.

---

<sup>31</sup> En Francia esta idea es anunciada ya en los Estados Generales del rey Juan, en 1355-56, en donde se afirmó que el poder político provenía del pueblo. Un siglo más tarde, en el seno de los Estados Generales de Tours, que tuvieron lugar en la minoría del rey Carlos VIII, la misma idea democrática es expresada con mayor precisión, pues plantea la idea de la retroversión de la soberanía a su titular originario. En un célebre discurso, Philippe Pot, decía:

“¿Cuál es, en Francia, la potestad que tiene el derecho de regular la marcha de los asuntos cuando el rey es incapaz de gobernar? Evidentemente esta carga no retorna ni a un príncipe, ni al Consejo de los príncipes, sino al pueblo *dador del poder*”. (DUGUIT (1921), T. I., p. 425).

Este es un hecho que Max Weber apuntó como característico de las comunidades políticas contemporáneas, cuando afirmó: “*la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad... —esto es— ...la obediencia a preceptos jurídicos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos*”<sup>32</sup>.

El tránsito evolutivo de la noción de soberanía de concepto político a jurídico lo completó contemporáneamente Kelsen, aunque la idea originaria es de Kant en su “Fundamentos de la metafísica de las costumbres” de 1785, es Kelsen, a través de su “Teoría General del Estado”, quien completó la idea:

“... a medida que la democracia desplazó a la autocracia, el Derecho se ha ido colocando poco a poco por encima de aquél, hasta que, por fin, en el Estado moderno, la soberanía es del Derecho y no del Estado, pues sólo él es un *Estado de Derecho*. Ya que, si el Estado se somete al Derecho, su propio orden jurídico, no puede ser propiamente soberano, porque la soberanía corresponde al Derecho. Al suprimirse el dualismo de Estado y derecho, desaparece también esta cuestión”<sup>33</sup>.

Por tanto, de acuerdo con esto, se crean en la modernidad los siguientes mitos:

- Por definición un gobierno legal se considera un gobierno legítimo.
- Si los actos de un gobernante están de conformidad con las disposiciones de los textos o de las costumbres constitucionales en vigor, son legales y, por lo mismo, se consideran legítimos.
- Si un gobierno se encuentra organizado y detenta facultades de acuerdo a la Constitución vigente, escrito o consuetudinaria, es legal, y en consecuencia, se reputa legítimo.
- Si el poder está acorde al derecho positivo es legal y, por ende, pasa por legítimo.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> WEBER (1969), p. 30.

<sup>33</sup> KELSEN (1965), p. 141.

<sup>34</sup> Otros autores que han establecido el paralelismo entre legalidad y legitimidad han sido Maurice Duverger, que en *Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait*, establece:

“La legalidad de un gobierno reside en su conformidad con las disposiciones de los textos o de las costumbres constitucionales anteriores a su establecimiento. Un gobierno es legal cuando está organizado de acuerdo a la Constitución en vigor, sea escrita o consuetudinaria. Ahora bien, para nosotros el problema de la legitimidad no se plantea más que cuando se está en presencia de un gobierno que no cumple las condiciones precedentes, pues un gobierno legal es siempre legítimo, por definición misma” (DUVERGER (1945), pp. 55 y 73).

O Luis Legaz Lacambra (LEGAZ (1958), p. 6).

### 4.3. *¿Constitución o Ley Fundamental?*

En resumen, amparándose en estos procesos históricos: la confusión entre democracia y representación, por un lado, y entre legalidad y legitimidad, por otro; es que se ha llamado democrático a algo que desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática es inaceptable:

1. La toma de decisiones que afectan la vida de todos los ciudadanos por parte de representantes que no están vinculados a las órdenes de los representados: la concepción de la representación liberal constituye al elegido en representante no del cuerpo electoral que lo eligió sino en supuesto representante de ese ente abstracto que se llama la “nación”. Además, esta representación consiste en dar a quien resulta elegido, el derecho a opinar y hablar en nombre de toda la nación que no lo eligió.

2. Y ello, sin necesidad de, una vez tomada la decisión, preguntarle al pueblo su opinión sobre la misma: el simple hecho de que el procedimiento para la adopción de estas decisiones se adecue a la racionalidad de los procedimientos jurídicos, es decir, a las exigencias y requisitos fijados legalmente para la adopción de las mismas (exigencias y requisitos establecidos, a la vez, por los representantes sin preguntarle al pueblo), es condición suficiente para dotar de legitimación, fuerza y valor jurídico la decisión.

De ahí que al texto constitucional portugués de 1976, a pesar de que su aprobación y todas sus reformas se hayan hecho de espaldas a la ciudadanía, se le llame Constitución, cuando en realidad de lo que se trata, por su forma de aprobación, es, como he dicho al inicio, de una Ley fundamental.

Ello contrasta con las últimas Constituciones aprobadas en América Latina, como la Constitución venezolana de 1999, la Constitución ecuatoriana de 2008 o la Constitución boliviana de 2009. Si bien, al igual que en Europa, en estos nuevos sistemas los Parlamentos constituyen uno de los órganos de mayor relevancia en los ordenamientos constitucionales, esta relevancia ha de ser matizada. La actuación del Parlamento está limitada por el principio de la soberanía popular. En las nuevas Constituciones la soberanía reside en el pueblo y no en el Parlamento, que es sólo su representante. Por eso, en aquellos supuestos donde ya se ha pronunciado *directamente* la soberanía popular (la aprobación de la Constitución mediante referendo como ha pasado en Venezuela, Ecuador y Bolivia), los Parlamentos no pueden actuar libremente, sino que necesitan de ratificación popular.

Si nos fijamos, por ejemplo, en el art. 411 del proyecto de Constitución boliviana,

“La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. (...) La reforma parcial podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el 20% del electorado, o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante Ley de reforma constitucional aprobada por mayoría absoluta. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”.

Observamos un ejemplo claro de ello, lo mismo pasa en la Constitución venezolana de 1999 (art. 342.346). En estos casos, sí podemos hablar de auténticas Constituciones.

## 5. CONCLUSIONES

De lo presentado hasta aquí podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. A diferencia de las leyes, que encuentran su fundamento de validez en normas vigentes sobre la producción jurídica, las Constituciones son textos jurídicos que no encuentran su fundamento de legitimidad en una norma precedente, sino en ser expresión directa de la soberanía popular.

2. De acuerdo con esto, los pasos típicos óptimos de un proceso constituyente legítimo y democrático para la aprobación de una Constitución, a diferencia de las leyes que se aprueban mediante el procedimiento legislativo establecido por la Constitución, son: la activación popular mediante referéndum de una Asamblea Constituyente, y la elección democrática por los ciudadanos de la Asamblea Constituyente encargada de redactar un proyecto de Constitución, que posteriormente y, para poder entrar en vigor, debe ser ratificado mediante referéndum por el pueblo, manifestando este último así que la interpretación que la Asamblea Constituyente ha hecho de la voluntad popular es la correcta.

3. Seguido este proceso, cualquier reforma constitucional posterior, parcial o total del texto constitucional, debe ser también ratificado popularmente. La actuación del Parlamento debe estar limitada, siempre, por el principio de la soberanía popular. En las Constituciones la soberanía reside en el pueblo y no en el Parlamento, que es sólo su representante. Por eso, en aquellos supuestos donde ya se ha pronunciado *directamente* la soberanía popular, en la aprobación de la Constitución, los Parlamentos no pueden actuar libremente, sino que necesitan de ratificación popular.

4. En el caso de Portugal y de su actual “Constitución” aprobada en 1976 y reformada en diversas ocasiones posteriormente, nunca fue, después de su redacción,

ratificada mediante referéndum por el pueblo, ni tampoco sus reformas, algunas de ellas muy importantes; y por tanto, su fundamento de validez no reside en la “legitimidad”, sino que es fruto de una tramitación y aprobación parlamentaria y, por tanto, su fundamento de validez reside en la “legalidad”. Ello hace que, en el caso de la vigente Constitución portuguesa de 1976, no se trate, a pesar de su nombre, de una “auténtica Constitución”, sino de una Ley. Una Ley Fundamental ya que regula las normas fundamentales de todo ordenamiento jurídico, pero al fin y al cabo, una ley.

5. Al igual que la Constitución portuguesa, existen otros textos que, ni en su aprobación ni en sus reformas, tampoco fueron nunca ratificados por la ciudadanía y se les llama “Constitución”.

6. Esta confusión que lleva incluso a juristas, políticos y politólogos llamar Constituciones a textos legales que no lo son, es fruto de la tergiversación de la idea de democracia que ha tenido lugar en la iuspublicística contemporánea. Es a partir de los procesos históricos de confusión de los conceptos de: representatividad y democracia; y legalidad y legitimidad, que se produce en el siglo XIX; que empieza a llamarse democráticos y, por tanto, empiezan a legitimarse socialmente sistemas constitucionales como el portugués que, desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, no lo son.

7. Durante las últimas décadas, están apareciendo en Latinoamérica nuevos textos constitucionales que, a diferencia del constitucionalismo europeo, están recuperando la vieja doctrina del poder constituyente originario y el principio de soberanía popular. Entre ellos se encuentran las nuevas Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BASTID, P. (1985): *L'idée de constitution* (Paris, Economica).
- BODINO, J. (1973): *Los seis libros de la República* (Madrid, Aguilar).
- BULTÉ, J.F. (2004): “Democracia y República. Vacuidades y falsedades”, en *Revista Temas* N° 36 (La Hahana, enero-marzo).
- BURDEAU G. (1983); *Traité de science politique IV. Le statut du pouvoir dans l'état* (parís, Librairie générale du droit et de jurisprudence).
- COMANDUCCI, P. (1990): “Ordine o norma? Si alcuni concetti di costituzione nel settecento”, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello I* (Milán, Giuffrè).
- DE BERGOTTINI, G.(1976): “Costituzione”, en BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. (eds.): *Dizionario di politica* (Turín, UTET).

- DAHL, R.A. (1961): *Who Governs? Democracy and Power in an American City, New Haven* (New Haven, Yale University Press).
- DEMIRDJIAN, L.A.; GONZÁLEZ, S.T. (2003): “La República entre lo antiguo y lo moderno”. En *La Filosofía Política Moderna. De Hobbes a Marx*. comp.: Atilio Borón (Buenos Aires, CLACSO).
- DUGUIT, L. (1921): *Traité de Droit Constitutionnel* (Paris, Ancienne Librairie Fontemoing).
- DUVERGER, M. (1945): “Contribution à l’étude de la légitimité des gouvernements de fait”, *Revue du Droit Public*.
- DWORKIN, R. (1977): *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Harvard University Press).
- \_\_\_\_\_ (1986): *Law’s Empire* (Cambridge, Harvard University Press).
- \_\_\_\_\_ (1996). *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Harvard University Press).
- FERNÁNDEZ, J. (2005): *El Tribunado: sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo iuspublicístico. Tesis para el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas* (La Habana, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana).
- GRISAFULLI, V. (1975): “Costituzione”, en *Enciclopedia del novecento I*. (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana).
- GUASTINI, R. (2001): *Estudios de teoría constitucional* (México, UNAM).
- \_\_\_\_\_ (2007): “Sobre el concepto de Constitución”, en CARBONELL, M.: *Teorías del neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta).
- HÄBERLE, P. (2003): *El Estado Constitucional* (México, UNAM).
- HABERMAS, J. (1995): “Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls Political Liberalism”, en *Journal of Philosophy* 92 (3).
- KELSEN, H. (1965): *Teoría General del Estado* (México, Ed. Nacional).
- LEGAZ LACAMBRA, L. (1958): “Legalidad y legitimidad”, en *Revista de Estudios Políticos* (Madrid, CEPC).
- LOBRANO, G. (1990): *Modelo romano y constitucionalismo modernos. Anotaciones en torno al debate iuspublicístico contemporáneo, con especial referencia a la tesis de Juan Bautista Alberdi y Vittorio Enmanuele Orlando* (Colombia, Universidad Externado de Colombia).
- LOCKE, J. (2000): *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* (Madrid, Alianza).
- MADISON, J. (1955): *El Federalista* (Pisa, traducción italiana de B.M. Tedeschini, Lalli).

- MIRANDA, J. (1988): “La Constitución de 1976 en el ámbito del constitucionalismo portugués”, en *Revista de Estudios Políticos* (CEPC. Núms. 60-61, abril-septiembre).
- MODUGNO, F. (1977): *Il concetto di costituzione. En Aspecto e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati I.* (Milán, Giuffrè).
- PALADÍN, L. (1991): *Diritto Costituzionale* (Pádova, CEDAM).
- PÉREZ-ROYO, J. (1997): *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid, Marcial Pons).
- REQUEJO PAGÉS, L. (1998): “El poder constituyente constituido. La limitación del soberano”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional* N° 1 (España, Universidad de Oviedo).
- SCHMITT, K. (1981): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Editora Nacional).
- TOCQUEVILLE, A. (1957): *La democracia en América* (México, Fondo de Cultura Económica).
- WALDRON, J. (1999): *Law and Disagreement* (Oxford, Clarendon Press).
- WEBER, M. (1969): *Economía y Sociedad* (México, Fondo de Cultura Económica).
- ZAGREBELSKY, G. (1988): *Società, statu e Costituzione. Lezioni di dottrina dello statu* (Turín, G. Giappichelli).
- ZINN, H. (2001): *La otra historia de los Estados Unidos (Desde 1492 hasta hoy)* (New York, Siete Cuentos Editorial).