

VEINTICINCO AÑOS DE NORMALIDAD CONSTITUCIONAL

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

VEINTICINCO AÑOS DE NORMALIDAD CONSTITUCIONAL

POR

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

La crónica sectorial que sigue debe ser objeto de una delimitación previa de su objeto. Ante todo cabe adelantar que parte de la contraposición normalidad/excepción y que, desde ese punto de vista, pretende sobre todo dar cuenta de la suerte del «derecho de excepción» en este último cuarto de siglo¹. El propio título incorpora ya la tesis o conclusión: con las matizaciones que se harán, estos años no han sido tiempos de excepción, sino —precisamente—de normalidad. Lo que ocurre es que esta normalidad calificada de constitucional se independiza inevitablemente de la mencionada contraposición para reclamar una comprensión autónoma; en otras palabras, su sentido trasciende al que pueda resultar del binomio normalidad/excepción.

Así, para empezar, normalidad constitucional no es *estabilidad constitucional*, aunque la comprenda, o la presuponga. Estabilidad constitucional es, por definición, lo que celebramos: los veinticinco años de Constitución e incluso de *una* Constitución, la de 1978, sobre

¹ En el sentido que ya le daba en 1981: Pedro CRUZ VILLALÓN, «El nuevo derecho de excepción», REDC 2 (1981), págs. 93-128. La redacción de la Revista le añadió el subtítulo «(Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)», posiblemente con un sentido clarificador.

cuya ininterrumpida vigencia no hay que hacer de momento más comentarios. De modo parecido, normalidad no es *constitucionalidad*, aunque la comprenda e incluso presuponga. Por constitucionalidad entiendo aquí la afirmación de la fuerza normativa de la Constitución, es decir, la inmediata y constante adscripción de la Constitución de 1978 a la especie «Constitución normativa», todo ello sin perjuicio del propio juego de las categorías constitucional/inconstitucional derivado de la justicia constitucional.

Normalidad constitucional es algo más. No es justiciable, porque va más allá del contraste entre normas de distinto rango. Resulta más bien de un contraste de la *realidad constitucional* con una preconcepción —o, mejor, preconcepciones— acerca de cómo deben funcionar los institutos constitucionales. Con ello ya está indicado que este *deber* va más allá del que resulta del juicio de constitucionalidad. Como categoría necesita recurrir inmediatamente a la idea de «cultura constitucional»². Pues es evidente que sólo a partir de un determinado patrimonio cultural constitucional³ cabe hacer afirmaciones acerca de si los diversos institutos que la Constitución prevé, más allá del respeto a la Constitución, se desarrollan en términos de normalidad, vale decir, de adecuación a su sentido, en contraste en particular con los datos del Derecho comparado.

Un juicio de normalidad constitucional de esta ambición, aparte su dificultad, rebasaría sin embargo los límites de una crónica sectorial para instalarse en la transversalidad. Más factible y, sobre todo, más adecuado al sentido de esta ocasión podría ser su restricción a un concreto aspecto de los institutos constitucionales del *setenta y ocho*, el de su utilización o implementación, o sea, el mayor o menor uso que de ellos se ha venido haciendo.

Y es que la propia cultura constitucional nos ha acostumbrado a una diferenciación inmediata entre institutos destinados a configurar la regla de la constitucionalidad e institutos llamados a configurar su excepción. La regla, muy sintéticamente, son los derechos y la separación de poderes; la excepción, la suspensión de derechos y la concentración de poderes. Desde este punto de vista, normalidad constitucional es que lo previsto como regla funcione lógicamente como

² Cfr. Peter HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998.

³ Cfr. Alessandro PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bolonia, 2002.

regla, y que lo previsto como excepción funcione como excepción. Un funcionamiento distinto no nos daría normalidad constitucional sino otra cosa.

Cuestión distinta es que en la Constitución todo pueda ser adscrito a la regla o a la excepción. Incluso podría plantearse la sustitución de tan elemental disyuntiva por una escala mucho más matizada en la que pudieran encontrar un lugar adecuado institutos como el de la reforma constitucional: ¿Contamos, por ejemplo, con pautas suficientes como para determinar cuándo el instituto de la reforma constitucional se usa de forma patológicamente rara o, por el contrario, patológicamente frecuente? Sobre la base de reconocer la complejidad de tales pautas, creo que de algunas disponemos.

Habría así lugar a examinar la normalidad del empleo tanto de los institutos que se presentan como regla como de los que tienen *vocación de excepcionales*. Así, desde la primera de las perspectivas, procedería examinar la vitalidad de las instituciones de democracia semidirecta, el uso de los mecanismos del régimen parlamentario a sus distintos niveles o el recurso a los diversos procesos constitucionales. Todo esto integraría un eventual juicio de la normalidad constitucional. Aquí se abre desde luego un ancho campo a la especulación y en todo caso a la polémica.

Por el contrario, no parece aventurado afirmar que el consenso sería mayor proyectado sobre la cuestión de la *vocación de excepcionalidad* del derecho de excepción. En el desuso de los institutos de excepción no cabe identificar patología alguna sino, muy al contrario, normalidad de la Constitución.

Otra cosa es qué institutos comprenda el derecho de excepción, acerca de lo que podría descender el grado de consenso. El caso más típico es el de los decretos-leyes⁴. ¿Debería una crónica como ésta dar cuenta de los avatares de esta forma de legislar, como una de las manifestaciones del derecho de excepción? Hay que reconocer que la incorporación en un primer momento del decreto-ley entre los institutos de excepción por parte de alguna doctrina⁵ resultó ya en su día más bien excepcional y voluntarista, y que la distinción por parte del Tribunal

⁴ Cfr. Ana CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid, 1997.

⁵ Cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, «La protección extraordinaria del Estado», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA-Alberto PREDIERI (eds.), *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, 1980, págs. 689-717.

Constitucional entre necesidades absolutas y relativas⁶ terminó por alejar definitivamente al decreto-ley de la idea de la legislación de necesidad.

En realidad, la *constitución de excepción* se encuentra por excelencia en los estados de alarma, de excepción y de sitio, tal como resultan previstos en la pareja de artículos 55.1 y 116, con el apéndice del 169 CE, desarrollados en la primavera de 1981 a través de la Ley orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (L.O. 2/1981, de 4 de junio). Luego habrá que hablar también del instituto previsto en el artículo 155 CE, sobre cuya excepcionalidad no siempre hubo un completo consenso⁷. Y de la «suspensión individual de garantías», de excepcionalidad aún más problemática, como es conocido. Pero, como digo, es en el artículo 116 en conexión con el 55.1 CE donde se condensa la opción de nuestro constituyente en lo que a la estrategia de la excepción se refiere.

En 1977-78 todavía *creíamos* en los «estados» excepcionales, es decir, en unos paréntesis temporales en los que, por excepción, la Constitución podía no ser exactamente la misma a fin de superar una calamidad pública, cualquiera que fuera su naturaleza, en un espacio perfectamente acotado en el tiempo. En esto el constituyente fue de nuevo perfectamente tradicional. Posiblemente hubiera dudas respecto de la funcionalidad de estos «estados»; pero su función esencial, había conciencia de ello, era la de «estar ahí», determinando por defecto todo lo que *no* se podía hacer, ni aun invocando la *salus publica*. En particular, los estados excepcionales fueron la opción frente a la dictadura constitucional tipo V República. La fragmentariedad con la que los regula el artículo 116 CE impedía la aplicación directa de este precepto constitucional: la correspondiente Ley orgánica reclamada por el precepto era presupuesto inexcusable de su aplicación. Y, sin embargo, cabe preguntarse cuánto tiempo hubiéramos podido pasarnos sin dicha Ley de no haber sido por la anómala declaración del estado de guerra por parte del Capitán General de Valencia en la tarde del 23 de febrero.

En todo caso, no ha habido desde 1978 declaración de estado excepcional alguno, no ya sólo de los de excepción y de sitio, para los

⁶ STC 6/1983.

⁷ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, 1983, así como mi recensión «Las articulaciones de un Estado compuesto», en REDC 8 (1983), págs. 299-315.

que no ha habido supuesto alguno que lo hubiera justificado, sino tampoco del estado de alarma, para el que por desgracia no habría faltado algún supuesto aislado (hundimiento del *Prestige*, sin ir más lejos). Esta situación, que sólo puede ser juzgada positivamente, y que tan radicalmente contrasta con nuestra democracia de 1931, ha de ser situada en el marco del constitucionalismo contemporáneo, singularmente el europeo, en contraste igualmente radical con el anterior a 1945. Y es que a este respecto no hay diferencias entre el constitucionalismo europeo *anterior y posterior* a 1989: las declaraciones de estados excepcionales parecen no pertenecer ya a nuestra época. En algún caso, una democracia tan escasamente acomplejada como la británica es capaz de dictar tras el *once de septiembre* una legislación de emergencia que da lugar a una notificación al Consejo de Europa en el sentido del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (estado de urgencia). Pero la tendencia es la huida en lo posible de las declaraciones de emergencia, en cuanto por definición postulan el regreso a la normalidad en el más breve plazo posible.

La única situación de emergencia nacional digna de ese nombre no pudo ser resuelta por medio del derecho de excepción, y ello por la sencilla razón de que no se trataba de una emergencia que hubiera sido prevista. Me refiero naturalmente al *putsch*, finalmente frustrado, de algunos jefes militares en febrero de 1981 con su reflejo más espectacular y efectivo en la toma como rehenes del Congreso de los Diputados y el Gobierno de la Nación en pleno. La intentona fracasó, como es de sobra reconocido, como consecuencia de la intervención directa del Rey, sin la cual muy posiblemente los acontecimientos se hubieran desarrollado de diferente manera. Esta intervención real sin mediación alguna frente a los referidos jefes militares, y en general frente a las fuerzas armadas, vino sin duda exigida por las circunstancias, por más que no quepa encontrarle encaje en las pautas de una monarquía parlamentaria. En este sentido he podido afirmar⁸ que debe adscribirse a la categoría del *estado de necesidad*; podría incluso presentarse como un excelente ejemplo de este modo de defensa de la Constitución. Una conducta pasiva por parte del Jefe del Estado hubiera sido en todo caso mucho más problemática desde la perspectiva constitucional.

⁸ Cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, «Constitución y tiempo: Primera década», en RFDUC, n.º monográfico 15 (1989), págs. 335-362, ahora también en id., «La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución», Madrid, 1999, págs. 83-116.

La interiorización de la excepción, el abandono de los *estados*, está siendo consecuencia de una categoría que encontró ya cabida en la Constitución de 1978, el terrorismo («elementos terroristas», art. 55.2 CE)⁹ y que configura en el nuestro al igual que en otros ordenamientos, el derecho de excepción *vivente*.

Como sabemos, la «ley antiterrorista» es unos meses más antigua que la Constitución, y ha continuado proclamada, bajo una forma u otra, desde 1978 ininterrumpidamente. Un segundo apartado añadido al hoy artículo 55 CE vino a darle cabida constitucional, sin que ello trajera como consecuencia la reducción de las setenta y dos horas prevista de forma ordinaria para la detención preventiva del que sería artículo 17 CE. La ley antiterrorista es técnicamente una suspensión de garantías, por lo que su elemento de excepcionalidad no debiera haberse perdido, como por desgracia ha ocurrido. Ciertamente, el elemento de temporalidad brilla por su ausencia en el artículo 55.2 CE, en radical contraste con lo que ocurre con los estados del artículo 116 CE. Pero el legislador de sus primeras versiones demostró entender la Constitución dictando leyes de vigencia temporal. Ciertamente, se trata de suspensiones orientadas en su objeto («para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas»), pero ello no reduce su ámbito potencial de proyección.

El soporte legal vigente desde hace quince años es deplorable: la inserción pura y simple de la ley antiterrorista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como si de cualquier otra institución de nuestro Derecho procesal penal se tratara¹⁰: de duración más que indefinida, permanente, al menos con la permanencia de la que gozan todas las previsiones del legislador. Lo más problemático: la desaparición del específico control parlamentario exigido por la Constitución y mantenido hasta entonces. El Tribunal Constitucional se pronunció al respecto en 1994 en una Sentencia dictada por mayoría¹¹.

El terrorismo está teniendo efectos muy negativos sobre la *calidad* de nuestra democracia. En primer lugar, en la medida en que dis-

⁹ Cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984.

¹⁰ Ley orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal.

¹¹ Cfr. el primero de los votos particulares a la STC 71/1994, formulado por cinco Magistrados; Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO, «El adecuado control parlamentario (artículo 55.2 CE), según la STC 71/1994», en REDC 43 (1995), págs. 283-305.

torsiona el propio funcionamiento de las instituciones y la libre expresión de la voluntad popular, singularmente en el territorio del País Vasco y de Navarra, especialmente desde que la clase política e incluso judicial empezó a ser sistemáticamente víctima de los atentados terroristas. Pero en segundo lugar también como consecuencia de las reacciones que provoca. La llamada «guerra sucia» de los años ochenta ha obligado a la sociedad a enfrentarse una década más tarde a algunos de sus episodios a través de una serie de conflictivos procesos penales. Por otra parte, en los últimos tiempos se ha renunciado a mantener la distinción entre el independentismo radical vasco y la actividad terrorista, distinción trabajosamente mantenida durante muchos años, por medio de una pluralidad de medidas legales y de otro signo que sólo vienen a confirmar un paisaje de excepcionalidad. Desde el *once de septiembre*, sin embargo, el terrorismo se ha erigido en una de las claves de la geopolítica, con vocación de colonizar cualquier desarrollo del pensamiento político contemporáneo y condicionando desde luego también nuestro tratamiento de nuestro propio problema.

El constituyente ha previsto también la que podríamos denominar emergencia territorial, es decir, la eventualidad de una ruptura con el orden constitucional por parte de una Comunidad Autónoma: tanto el precedente de la Segunda República (no digamos de la Primera) como el derecho comparado, singularmente el alemán, sugirían eloquentemente esta previsión. Otra cosa es que los términos concretos del artículo 155 CE hayan sido los más adecuados. En su momento¹² la calificué de «cláusula general», por la indefinición tanto del presupuesto habilitante como de su alcance. A partir de la literalidad del precepto no ha sido posible darle nombre a este instituto, sin que los nombres propuestos por la doctrina¹³ hayan calado: es, sencillamente, «el ciento cincuenta y cinco» de la Constitución. Por suerte, se ha impuesto su comprensión como instituto excepcional, habiendo quedado olvidada alguna propuesta de «desdramatización» del mismo¹⁴. Cuestión distinta es que se comparta la descripción más arriba dada del presupuesto habilitante: esperar a una «ruptura» del orden constitucional podría parecer excesivo: quizá fuera más exacto decir «riesgo inminente de». De cualquier modo, el margen de apreciación que se pone en manos del Gobierno y de la mayoría absoluta del Senado es enor-

¹² Ya en 1980, cit. nota 5.

¹³ Cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, voz «Coerción estatal», en Juan J. GONZÁLEZ ENCINAR (ed.), *Diccionario del sistema político español*, Madrid, 1984.

¹⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, cit. nota 7, págs. 172-173.

me, tanto en el diagnóstico como en la respuesta. En mi opinión, el 155 se sitúa en el nivel de los estados de excepción y de sitio, con los que en modo alguno es incompatible, pero desde luego en ese ámbito de gravedad.

En otro contexto, y para concluir esta breve reflexión, nuestras leyes políticas han conocido el «estado de guerra», fundamentalmente como término alternativo el de «estado de sitio»¹⁵. La Constitución ha preferido este último nombre, fundamentalmente por el desgaste del anterior en el periodo precedente. Lo que ha quedado en ella es la guerra propiamente dicha (tiempo o tiempos de guerra). Técnicamente no es un estado excepcional, pero tampoco es incompatible con ellos, singularmente con el estado de sitio. En todo caso, como los estados excepcionales, la guerra se *declara*: con arreglo a la Constitución, por el Rey previa autorización de las Cortes Generales. A los estados excepcionales, los tiempos de guerra sólo añaden la previsión del artículo 15: La Constitución sigue permitiendo al legislador la previsión de la pena de muerte en estas situaciones temporales, descritas de modo escasamente riguroso. Es ésta una previsión que ha devenido más que excepcional en la evolución de nuestra cultura constitucional, en la que el abolicionismo ha acabado por triunfar. Tras la suscripción del Protocolo número 6 al CEDH (en línea con los términos de la Constitución), la Ley orgánica 11/1995 abolió la pena de muerte en el único supuesto permitido. En el momento presente, con la proclamación del artículo 2.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea la habilitación del citado artículo 15 puede considerarse inoperante.

Aun así, la excepcionalidad material de la situación de guerra es difícilmente discutible. La observación elemental a este respecto no es distinta de la ya manifestada en relación con los estados excepcionales: la formalización de la situación de guerra es cada vez más excepcional en nuestro tiempo, circunstancia en la que España, a su vez, no es una excepción. El que en este momento no esté vigente una declaración de guerra en el sentido del artículo 63 CE no quiere en modo alguno decir que estemos en paz con todo el mundo.

La observación conclusiva ya estaba expresada al principio e incluso en el propio título de esta somera crónica: han sido éstos veinticinco años de normalidad constitucional, también por lo que al dere-

¹⁵ Cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, 1980.

cho de excepción se refiere. Lo que no es dato menor en el presente jubileo. Pero poniendo la mirada más cerca resulta obligado añadir que los tiempos que corren también se proyectan sobre este capítulo de la Constitución. La globalización o cuando menos «desestatalización» de la constitucionalidad está afectando también a los institutos de excepción. Retomando la fórmula de Carl Schmitt, la identificación del defensor de la Constitución, e incluso de la Constitución nacional, para los Estados miembros de la UE no resulta sólo de sus respectivas Constituciones. Así, sin ir más lejos, los artículos 6 y 7 TUE ya contienen sus propias previsiones y, sin llegar a ellas, Austria, apenas incorporada a la Unión, ha tenido ocasión de tomar conciencia de las consecuencias de pertenecer a una constitucionalidad de ámbito superior. En fin, como el resto de los institutos constitucionales, también el derecho de excepción debe ser *resituado* en un contexto más amplio que el nacional si queremos seguir dando cuenta adecuadamente del mismo.