

# TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL

N.º 25  1º semestre 2010

**ENCUESTA:  
CORRUPCIÓN POLÍTICA  
Y DERECHO PÚBLICO**



UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA  
EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES



UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA  
EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES



PÉREZ CALVO, Alberto: *El Estado constitucional español*, Reus, Madrid, 2009, 255 págs.

### *I. Un libro sobre el Estado constitucional para conocer mejor al nuestro*

No siempre los títulos de los libros reflejan exactamente sus finalidades y contenido. En este caso, sin embargo, el sustantivo y los dos adjetivos que componen el título acotan perfectamente el objeto del libro y el objetivo del autor al escribirlo.

Es, en primer lugar, un libro sobre el *Estado*, sobre lo que es —a juicio del autor— «la organización política por excelencia desde el siglo XV» (pág. 9). Es un libro que teoriza sobre el Estado y sus elementos constitutivos, sobre sus orígenes, sobre su evolución y sobre sus transformaciones. Contiene, pues, elementos de estudio y reflexión aplicables a todos los Estados, aunque profundiza más en aquellos que son característicos de los Estados *constitucionales*. Se estudia así la evolución del Estado constitucional y cómo fue incorporando elementos que llevaron a convertirlo en un Estado democrático y social. También se analizan las distintas formas de gobierno y de organización territorial de los Estados constitucionales.

Pertrechados ya con esas ideas generales sobre los orígenes, la evolución y la diversidad que puede encontrarse en el Estado constitucional, el autor nos introduce en el tercer círculo concéntrico del

objeto de estudio: el Estado constitucional *español*. Su estudio se estructura a partir de la definición constitucional de sus elementos básicos: un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1), que tiene como base social al pueblo español que encarna en cada momento histórico a la Nación española, sin perjuicio del reconocimiento de las nacionalidades y regiones (art. 2 y preámbulo), cuya forma política es la Monarquía parlamentaria (art. 1.3) y que tiene una dimensión comunitaria y está inserto, además, en un mundo globalizado (capítulo III del Título III).

Como se ve, el contenido del libro es amplio y complejo. Sin embargo, se ha conseguido una gran sencillez en la explicación, fruto de la metodología y el estilo empleados.

### *II. La metodología*

Dice el autor, que ha escrito el libro «como se redacta un informe dirigido a una persona concreta que tiene necesidad o interés por situarse y orientarse con criterio propio en las coordenadas de la organización política de nuestro tiempo» y que también se dirige «al estudiante que llega por primera vez a la Universidad» (pág. 9).

Esta declaración preliminar del autor no debe entenderse como una advertencia

—cargada, sin duda, de excesiva modestia— sobre las limitaciones del libro. Porque los temas que se abordan en el libro son de tal trascendencia y complejidad, que la reflexión sobre ellas siempre van a tener enorme utilidad para quien esté dedicado o interesado en el Derecho público.

Por tanto, esas palabras iniciales deben ser entendidas como una pretensión de simplicidad de su autor. Como se sabe, no hay cosa más difícil que hacer simple o sencillo lo que es tremendamente complejo. Esto es lo que se ha propuesto y conseguido Pérez Calvo: no estamos ante un sesudo, exhaustivo y erudito tratado doctrinal sobre el Estado, sino ante una exposición más directa y que trata de hacer sencilla la aprehensión de temas muy complejos.

Estoy convencido que entre las labores del profesor universitario —especialmente del que ya atesora una gran experiencia— se encuentra la de elaborar este tipo de libros-síntesis. Muchas de las cuestiones tratadas en este libro han venido preocupando al profesor Pérez Calvo desde el inicio de su carrera profesional y fueron objeto en su momento de específicos estudios monográficos en libros o en artículos de revista. Que ahora ofrezca de manera sistematizada y sintética sus ideas sobre estas grandes cuestiones, permitirá hacer llegar sus reflexiones a un público mucho más amplio que al especialista de Derecho constitucional.

Quizá también porque el libro lo dirige Pérez Calvo hacia un colectivo más amplio que los juristas, le preocupa subrayar que la metodología es jurídica. Siendo tan sensibles las materias estudiadas y tan susceptibles de ser interpretadas desde perspectivas varias (políticas, sociológicas, económicas, etc.), el autor advierte que el libro «se ha hecho siguiendo primordialmente el método jurídico» (pág. 11). Y para los no juristas dedica un capítulo introductorio a explicar una serie de nociones básicas sobre la norma y el ordenamiento jurídico.

Los juristas sabemos que no existe un único y unívoco «método jurídico». Por eso, debo recoger otra advertencia del autor sobre la metodología empleada. Las categorías jurídicas —señala Pérez Calvo— pueden no ajustarse a una realidad cambiante, como es el Estado constitucional español. Por ello, ha considerado necesario utilizar un «método inductivo a partir de realidades concretas y no usar el método deductivo sobre la base de categorías intuitivas y sólo muy parcialmente coincidentes con la realidad» (pág. 20).

Ese más que razonable método inductivo, se ve aderezado en este libro con el recurso a la historia y al Derecho comparado. De manera que, el estudio de los diferentes caracteres de nuestra organización política (Estado de Derecho, democrático y social, monarquía parlamentaria, federalismo) se realiza a partir del nacimiento de esos mismos caracteres en momentos históricos en los Estados que los vieron por vez primera (Inglaterra, Estados Unidos, Francia).

Es indudable que con ello se puede comprender mejor nuestra realidad constitucional. Cuando a veces se subrayan los hechos diferenciales de nuestro país, a veces no se repara en que esos hechos no son tan diferentes que los que se produjeron en otros países de nuestro entorno. Y que la evolución del constitucionalismo español se produjo en el marco de las corrientes ideológicas constitucionales que se han ido desarrollando en el mundo occidental. Es posible, por tanto, que sea cierto el consabido dicho de *Spain is different*. Pero, a la vista de lo ocurrido en otros países de nuestro entorno, habría que añadir: *but not so much*.

### III. *El pasado y el futuro del Estado constitucional español*

Es difícil destacar en especial alguno de los temas estudiados en el libro por la trascendencia que todos ellos tienen y

porque, incluso los más clásicos, renuevan periódicamente su interés según sean las circunstancias de la coyuntura política (pueblo y nación; federalismo y Estado autonómico; monarquía parlamentaria, etc.).

Ya he destacado el interés que tiene el estudio de los orígenes del Estado constitucional español, sobre todo por realizarse a la vista de la coetánea evolución del constitucionalismo británico, estadounidense y francés. Y si los orígenes nos indican de dónde venimos, es todavía más importante saber hacia donde nos dirigimos. Y a este interrogante aportan bastantes respuestas los dos capítulos del libro dedicados a la dimensión comunitaria e internacional del Estado.

Para Pérez Calvo esa doble dimensión —internacional y comunitaria— del Estado que lo proyecta hacia el exterior, no conduce a su debilitamiento, sino al cambio de alguna de sus formas tradicionales de actuación.

Parece claro, como afirma Pérez Calvo, que la ruptura de la simetría entre espacio económico y espacio jurídico y otras consecuencias de la mundialización, ponen de relieve que «el Estado clásico resulta incapaz de cumplir eficazmente con alguno de sus fines, puesto que carece de capacidad para intervenir en las decisiones respecto de acontecimientos que tienen lugar fuera de sus fronteras pero que inciden dentro de ellas. Por ello, el Estado clásico necesita establecer cambios para ser eficaz incluso en relación con esos acontecimientos exteriores» (pág. 224). Esos cambios, en la medida en que «los problemas de carácter mundial necesitan un Derecho igualmente mundial», deben consistir en el fortalecimiento de las organizaciones internacionales existentes, así como en la creación de nuevos instrumentos para abordar concretos problemas. Sin embargo, «esas medidas no deberían suponer un debilitamiento del Estado. Al contrario, el Estado sigue siendo el actor políti-

co por excelencia. Sería necesario ampliar su capacidad para resolver problemas de carácter mundial, aunque forzosamente habría de ser en colaboración con los demás Estados» (pág. 225).

La dimensión comunitaria del Estado también ha supuesto una serie de importantes cambios (ciudadanía europea, limitación de competencias, homogeneización jurídica, trabajo mancomunado en el ámbito internacional, etc.) que, sin embargo, tampoco abocan a la desaparición de los Estados. Porque éstos van a seguir desempeñando funciones esenciales, algunas tradicionales (defensa de los derechos fundamentales, patrimonio cultural, etc.) y otras nuevas en el marco de la Unión Europea (legitimación democrática de la Unión Europea, participación en el proceso legislativo, ejecución del derecho comunitario, expresión de la síntesis del interés nacional, etc.).

Leyendo estas ideas me viene a la cabeza lo que constituye un buen ejemplo del papel fundamental que sigue conservando el Estado en un mundo globalizado y en un ámbito «comunitarizado», en relación con el cambio climático. Éste es, con toda seguridad, el problema mundial de mayores implicaciones económicas, políticas, sociales y medioambientales. Reclama evidentemente una solución de carácter planetario, puesto que las medidas adoptadas individualmente por cada Estado no tendrían influencia sobre el calentamiento global. En el momento de escribir estas líneas han quedado de manifiesto las dificultades para llegar a compromisos vinculantes tras el Protocolo de Kyoto, que contribuyan a reducir las emisiones de los gases de efecto invernadero y mitigar con ello los efectos de un cambio climático ya imparable. Parece haberse llegado a un consenso sobre la necesidad de limitar a 2° el incremento de la temperatura media del planeta, pero no sobre las responsabilidades de cada Estado.

En esta cuestión la Unión Europea ha desempeñado un destacado y ejemplar

papel como impulsor de los compromisos internacionales y como ámbito en el que con mayor rapidez se han admitido las propias responsabilidades y se han asumido compromisos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero más exigentes: de un 8% en Kyoto, a un 20% asumido unilateralmente, y la oferta de reducir hasta un 30% si se llega a un acuerdo internacional.

Ante este problema, vemos a los Estados comunitarios trabajar y negociar mancomunadamente en el necesario escenario internacional. Sin embargo, el compromiso comunitario es luego repartido por la propia Unión Europea entre sus Estados miembros. Y aunque se marcan algunas políticas y líneas de actuación, los Estados siguen siendo absolutamente soberanos para decidir como cumplir esos compromisos. Así, por ejemplo, en relación con el fomento de las energías renovables no existe, por el momento, un sistema de apoyo armonizado y sigue estando en manos de los Estados miembros la elección de la forma de fomentar esas energías. Todavía es más evidente el protagonismo de los Estados en relación con la política energética: el Tratado de Lisboa ha introducido como competencia comunitaria la política energética, pero se ha dejado claro que los Estados siguen manteniendo el derecho «a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético» (art. 176.A.2). La combinación energética del abastecimiento de cada Estado miembro queda fuera, por tanto, de la política energética comunitaria.

#### *IV. Una firme defensa del Estado como organización*

De lo expuesto ya cabe deducirse que Alberto Pérez Calvo es un firme de-

fensor del Estado como organización. Ni la globalización, ni la Unión Europea abocan a la desaparición del Estado puesto que seguirán «ejerciendo funciones esenciales por mucho tiempo» (pág. 240). Esta es una de las ideas claves del libro y que el autor destaca en su epílogo: «Ante todo quiero subrayar la grandeza de la obra colectiva que representa el Estado constitucional tal como lo hemos recibido en nuestros días. Detrás de las aportaciones ideológicas que lo sustentan hay mentes de filósofos y juristas extraordinariamente brillantes, hay políticos que asumieron el riesgo de dar un paso adelante y hay innumerables héroes anónimos que lo perdieron todo, incluida la vida, por ideas que hoy forman parte de nuestra cultura, como los derechos fundamentales o la democracia. El Estado constitucional es una de las conquistas más extraordinarias de nuestra civilización. Se trata de una gran obra humana que no siempre se la conoce suficientemente ni se tiene la necesaria sensibilidad como para admirarla».

Esta llamada de atención es necesaria porque a veces se tiende a considerar como resultado natural e inevitable, lo que en realidad ha costado mucho conseguir. Y debe tenerse siempre en cuenta que sin ese constante y notable esfuerzo colectivo, las cosas podrían haber sido de otro modo.

De hecho, existen muchos países en los que el Estado —entendido como un Estado constitucional con los caracteres que se explican en este libro— no ha conseguido arraigarse. Y ello es fuente de problemas no sólo internos (inexistencia o vulneración o derechos humanos, corrupción, pobreza, inestabilidad), sino también externos.

Así lo ha denunciado, por ejemplo, Fukuyama, para quien los Estados débiles, incompetentes o fracasados son los causantes de buena parte de los problemas a los que se enfrenta el mundo (sida, narcotráfico, terrorismo). Constitu-

yen una amenaza para la seguridad internacional y, por ello, construir el Estado en esos países constituye un desafío estratégico de primer orden para los países desarrollados (F. Fukuyama, *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, 1ª edición en español en Ediciones B, Barcelona, 2004).

Por eso, no se trata sólo de reconocer el valor de una forma de organización que se ha ido conformando a lo largo del tiempo, sino también de contrastar su validez —e incluso su necesidad—, para afrontar nuevos retos y las transformaciones que nos vienen impuestas por la globalización y por nuestra integración en la Unión Europea. Esas transformaciones del Estado —afirma Pérez Calvo— «afectan de modo importante a su estructura tradicional. Pero no creo que el Estado esté agotado. Tiene funciones que cumplir y ello significa que sigue siendo necesario» (pág. 247).

Y es que, como indica un principio básico de la ciencia de la Administración, no debe ser el órgano el que crea la función, sino que es la función la que demanda la existencia del órgano. Por eso, mientras el Estado siga teniendo funciones que cumplir en un mundo globalizado, éste seguirá siendo insustituible aunque existan organizaciones internacionales de ámbito regional tan eficaces como la Unión Europea.

Como toda obra humana, el Estado constitucional español es perfectible. Y así lo entiende también Pérez Calvo, quien considera necesaria alguna reforma constitucional para ajustar el texto de la Constitución a las circunstancias de diverso tipo que se han ido produciendo desde 1978. El perfeccionamiento servirá también, dice Pérez Calvo, para hacer frente a modos de proceder en la interpretación de la Constitución que, alejados

de la más elemental racionalidad jurídica, pretenden la consecución de objetivos políticos fuera del cauce establecido por el texto constitucional.

Por ello, Pérez Calvo concluye su libro reivindicando, frente a «la vulgar y, a veces, grosera visión que la vida política diaria nos ofrece (...) la grandeza del Estado constitucional que, frente a todos los demás modos históricos de organización política, es el único que se fundamenta en la dignidad de la persona y en los derechos que le son inherentes» (pág. 248).

JOSÉ FRANCISCO ALENZA GARCÍA  
*Profesor Titular de Derecho  
 Administrativo  
 Universidad Pública de Navarra*

\* \* \*

ABSTRACT: *The book of the Professor Perez Calvo studies the constituent elements and the evolution of the Constitutional States, in particular, the Spanish State. He utilizes a legal method based on induction, history and Comparative Law.*

*Especially new is the study of the changes about the integration of the State in the Europe Union and the globalization. These changes don't suppose the disappearance of the States. They presume the change of some functions and the consolidation of their existence as an organization.*

RESUMEN: *El libro del profesor Pérez Calvo estudia los elementos constitutivos y la evolución de los Estados constitucionales, muy particularmente, del español. Utiliza un método jurídico basado en la introducción, la historia y el Derecho comparado.*

*Especialmente novedoso es el estudio de los cambios que han supuesto en el Estado la integración en la Unión Europea y la globalización. Unos cambios que no conducen a la desaparición de los Estados, sino al cambio de alguna de sus funciones y a la consolidación de su existencia como organización.*

KEY WORDS: *Constitutional State. Spanish Constitutional Law. European Union. Globalization.*

PALABRAS CLAVE: *Estado constitucional. Constitucionalismo español. Unión Europea. Globalización.*

PUNSET, Ramón (Coord.): *La división de poderes*, Fundamentos 5, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, 2009, 397 págs.

I. Se analiza en esta obra, presentada por Ramón Punset, la realidad y proyecciones históricas y futuras del principio de separación de poderes. Se estructura en dos partes. Una primera, que reflexiona sobre el pasado y orígenes de la «separación de poderes» y así los trabajos de: Alessandro Torre, «*Estado mixto y división del poder. Análisis histórico-político de un itinerario doctrinal*» (23-51); Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, «*División de poderes y sistema de gobierno en la Gran Bretaña del siglo XVIII (Teoría y práctica de la Monarquía mixta y equilibrada)*» (53-121); George W. Carey, «*La separación de poderes en los Estados Unidos de Norteamérica: pasado y presente*» (121-167); e Ignacio Fernández Sarasola, «*La división de poderes en la historia constitucional española*» (167-205).

Y una segunda parte, más próxima a nuestra realidad histórico-política que describe cómo se visten nuestros poderes hoy, dónde residen y cómo funcionan. En esta última están los trabajos de: Benigno Pendás, «*División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva comparada*» (205-241); Miguel Ángel Presno Linera, «*Pluralismo de partidos, no separación de poderes*» (241-301); Ramón Punset, «*Potestades normativas y forma de gobierno*» (301-337); y finalmente, Fabián Wittreck, «*División, limitación y organización de poderes: la concepción de las*

*funciones estatales en la Ley Fundamental de Bonn*» (337-397).

Dice en su presentación Ramón Punset, citando a Rüdiger Safranski, que si poder y bondad, indivisamente, residieran en la condición humana, no hubieran sido necesarias tantas construcciones y especulaciones sobre la división del poder. Muchas preguntas se han esbozado en torno al poder. *¿Quién es su titular? ¿Dónde reside y para qué sirve...? ¿Qué inclinaciones ocultas o explícitas ha proyectado su ejercicio?* La historia se ha encargado de ofrecernos muchos ejemplos que estudiar, diversos marcos geográficos, diferentes concepciones doctrinales, momentos históricos específicos, interpretaciones alejadas e incluso contradictorias de un principio clásico que recogía originariamente el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

## II. ALESSANDRO TORRE<sup>1</sup>

En el trabajo del profesor Alessandro Torre el punto de partida es el análisis del *gobierno mixto* como construcción teórica motor y origen del principio de

<sup>1</sup> Ordinario di Diritto Pubblico Comparato e docente di Diritto Pubblico Anglo-Americano nell'Università di Bari.

separación de poderes. La búsqueda de equilibrio entre el poder en estado puro y su ineluctable institucionalización y estructuración bajo diversas fórmulas son la base argumental del Estado-gobierno mixto. Un afán permanente de evitar construcciones monolíticas del poder, de huir de ejercicios despóticos del mismo lleva a autores como Aristóteles, Polibio, Montesquieu, Bryce o, mucho después, Charles H. McIlwain a esbozar la necesidad de diferenciar funciones del poder y de identificar, por otra parte, perfiles de la actividad pública de modo tal que se sustancie la separación entre decisión, ejecución y juicio inherente a ella, surgiendo así a raíz de tal diversificación el reparto entre función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional (pág. 27).

Hace especial referencia, este autor, al marco británico de principios del siglo XIII, etapa en la que se redacta la *Magna Carta Libertatum* (1215), se producen importantes reivindicaciones de la asamblea parlamentaria (*no taxation without representation*) y se consolidan importantes logros del sistema de Cortes, esto es, la estabilización de procedimientos e instrumentos activos del *common law*.

Superado el miedo a las tendencias absolutistas los teóricos contractualistas siguen reflexionando en esta etapa sobre el concepto de soberanía y su lugar natural de ubicación. *Hobbes*, *Locke* y las corrientes del parlamentarismo británico posteriores a la *Glorious Revolution* entienden, con ciertos matices, que el gobierno mixto surge como fruto de la separación de poderes entre el legislativo, ejecutivo y el poder federativo, quedando el poder jurisdiccional como última garantía de la coherencia y cumplimiento de tal separación. Garantía que a su vez se vería completada con el *common law* y la escrupulosa observancia de la *lex Angliae*.

Analiza a continuación este autor las concreciones constitucionales de la existencia inmemorial y natural de las liber-

tades y los derechos que exigen, *sine qua non* separación de poderes. Subraya también Alessandro Torre la diversa evolución continental (francesa) y norteamericana del proceso de disociación entre constitución organizativa y proclamación de derechos, todo ello, como dice expresamente el autor, sin perder de vista esa *inteligencia constitucional común* de ambas experiencias (pág. 40), la que nace del pueblo y desemboca en la *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) y en la Constitución francesa de 1791; y por otra parte, la experiencia que tienen como motor los respectivos poderes legislativos constituyentes de los Estados federados de Norteamérica ratificados en la Convención de Filadelfia. «En Estados Unidos la garantía del carácter mixto del sistema de gobierno se confiaba a la estructura federativa del Estado y a la rígida separación entre ramas institucionales: *sharing power*; en la Francia de la Constitución moderada de 1791, que fue la hija primogénita del memorable artículo 16, según la cual *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, no la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution...*»

El mínimo común denominador estaba claro: separación de poderes.

Y termina su trabajo el autor identificando algunos argumentos que relacionan separación de poderes y gobierno mixto. Argumentos presentes en los trabajos de Montesquieu: una necesaria coordinación entre poderes sin unificar lugares de responsabilidad de los mismos; un ejercicio del poder judicial de naturaleza popular, un cierto predominio del poder legislativo como poder para establecer las reglas de una sociedad ordenada y, por último, un poder jurisdiccional mínimo o recesivo, imprescindible para un buen gobierno.

Un desarrollo cuidado, el de este estudio, que pone suavemente de relieve la evolución natural hacia la separación de poderes.

### III. JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA<sup>2</sup>

El estudio del profesor Varela, recoge la teoría y la práctica de la monarquía mixta y equilibrada en la Gran Bretaña del siglo XVIII. Desde Locke hasta Paley. Una suma de reflexiones doctrinales que con diversos matices e incluso a veces, divergencias no tan sutiles coinciden en separar legislativo y ejecutivo. Locke aduce a legislativo y ejecutivo el «poder federativo» y reflexiona sobre la residencia en manos del monarca tanto del poder ejecutivo como del federativo sin hallar mal excesivo en tal convergencia pero lo que sí plantea como necesidad imperiosa de buen gobierno será la supremacía del poder legislativo, si bien desde la limitación y desde la responsabilidad.

La *Glorious Revolution de 1688* y su consagración normativa en el *Bill of Right* de 1689 supusieron, sin duda un punto de inflexión determinante al consagrar tanto la soberanía del Parlamento como el llamado *rule of law*. Pero poco a poco el contenido del debate doctrinal británico de estos años cambiaría, así lo reflejan los escritos que estudia el profesor Varela. Ya no es lo decisivo el origen o la naturaleza del poder, ni siquiera quién o quiénes son sus verdaderos titulares. Lo importante ahora, en tiempos de Jorge I y II, en la época del carismático Bolingbroke (1678-1751), es observar y enjuiciar cómo se ejerce el poder y cómo debería ejercerse. Se instala poco a poco la máxima, *king can do no wrong* que propone la irresponsabilidad jurídica y política del rey. La consecuencia inmediata sería el traslado de tal responsabilidad a los ministros y la progresiva y lógica construcción del incipiente gobierno de gabinete. Pero en 1729 la obra de Bolingbroke, *The Crafts-*

*man*, refleja la supremacía necesaria del poder del parlamento, del poder legislativo en definitiva como garante básico del Estado libre. Todo se reduce a un juego de equilibrios y contrapesos entre poderes que constantemente generen «equilibrio». Refleja muy bien el autor esa lucha en la doctrina británica entre el razonamiento teórico del poder y la experiencia, muchas veces dispar, de los nombres y apellidos de los reyes, de los primeros ministros, de los lores y los comunes, etc...

En definitiva, de esa casa real encargada de trasladar al terreno de los hechos construcciones muy elaboradas pero que muchas veces generaban efectos no deseados. Dice Varela: «Blackstone, al describir el sistema constitucional británico se centra en exclusiva en su «constitución formal», sin importarle un ardite la «constitución material». (pág. 98)

Burke, Paine, Bentham, Pitt, Fox y Paley son algunos de los doctrinarios de esta etapa que también intentan hallar un difícil ajuste de poder, combinando realidad y teoría. Una intención, a veces llena de ambigüedad, que el profesor Varela sabe subrayar con gran acierto. Escribe Varela: «Pero Paley era también contradictorio desde un punto de vista político, al defender la «influencia» regia y, a la vez, al reconocer los peligros que ésta encerraba. Como ambiguo resulta también cuando en otra ocasión reconoce que ciertos aspectos del sistema político y jurídico británico, como la elección y composición de la Cámara de los Comunes, adolecían de «irregularidad» e «incongruencia», sin que ello le impidiese defender la conveniencia y utilidad del sistema representativo vigente...»

### IV. GEORGE W. CAREY<sup>3</sup>

Este trabajo circunscribe el estudio de la separación de poderes a la experiencia

<sup>3</sup> *Professor of Government. University of Georgetown.*

<sup>2</sup> Catedrático de Derecho constitucional de la universidad de Oviedo. Director del Seminario de Historia Constitucional Martínez Marina.

norteamericana. Aporta el autor una reflexión que mira el presente y el pasado de aquel principio y al igual que el trabajo anterior, posee también éste la virtud de la doble dimensión entre las construcciones o argumentaciones teóricas y su difícil plasmación práctica. La historia y sus caprichos son responsables de efectos o ropajes en el ejercicio del poder no pretendidos. Como no podía ser de otra manera, comienza este autor trabajando los escritos de *El Federalista*. Una lista encadenada de preocupaciones acerca del poder y su ejercicio. El punto de partida, el claro sentir de la Convención de Filadelfia, esto es, la separación de poderes. El objetivo a conseguir: el complejo engranaje de *checks and balances* y su articulación.

La realidad del principio de separación de poderes pone de relieve, en opinión de Carey que ha disminuido el status del Congreso con relación a las demás ramas del gobierno y además, se han expandido los poderes presidencial y judicial. Se aducen algunas causas de tal diagnóstico como, por ejemplo: el cambio de perspectivas constitucionales y el ascenso de la Presidencia, la compleja relación entre Presidencia-Congreso-Burocracia o incluso el determinado uso de poderes presidenciales tales como el poder federativo o ciertos poderes de prerrogativa.

El Presidente de los Estados Unidos en el esquema de separación de poderes es, sin duda, la pieza clave y ello gracias al papel desarrollado por los partidos políticos. El incremento de sus funciones ha sido y es una constante. Esto se percibe como una potencial amenaza que activa implícita y explícitamente mecanismos como: *delegata potestas non potest delegari*. Si el pueblo ha delegado ciertos poderes en el Parlamento, éste no puede a su vez delegarlos. La experiencia se encargaría de demostrar que siempre caben excepciones (la creación por el Congreso de la Agencia para la Seguridad y Salud

en el Trabajo: *Occupational Safety and Health Agency* [OSHA])

Y a partir de aquí el crecimiento de los poderes presidenciales ha sido una constante. De ahí la pregunta que se hace el autor, ¿es posible, sin caer en una «presidencia imperial» y en una quiebra del principio constitucional de «separación de poderes» aceptar las cotas de poder a las que ha llegado verdaderamente hoy el poder presidencial...?

Y para acabar estas reflexiones no olvida Carey el poder judicial y así le dedica sus últimas líneas. También se confirma un cierto crecimiento del poder judicial en las últimas décadas y responsabiliza de ello a dos acontecimientos. Por un lado, la enmienda 14<sup>a</sup> de la Constitución añadida a la misma después de la Guerra civil para proteger los derechos civiles de los recién liberados esclavos y, por otro lado, la importantísima decisión de la Corte suprema en 1958, *Cooper v. Aaron* en la que este poder afirma que su interpretación constitucional es conclusiva, autorizada y que obliga a las demás ramas de gobierno.

Ante tales crecimientos desmedidos, ¿cómo queda el campo legislativo del Congreso, qué le queda...? Pero el sentimiento que expone el autor es positivo, por eso en sus última líneas escribe: «...Las expectativas de conducta que se han desarrollado a lo largo del tiempo examinando el dominio general de cada poder, de modo que, a menos que se produzcan tensiones muy evidentes, el sistema funciona tolerablemente bien, tanto en teoría como en la práctica.» (pág. 165).

## V. IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA<sup>4</sup>

En el territorio español encontramos también una peculiar forma de entender

<sup>4</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

y vivir el principio de separación de poderes. El profesor Fernández Sarasola entiende que es el liberalismo revolucionario el que introduce en España este principio junto con el de soberanía nacional. Dos concepciones indisolublemente unidas. Pero en España no se parte de una situación de equilibrio entre poderes sino de un claro *legicentrismo*. Este paisaje se adereza además con otros poderes que van emergiendo como el poder electoral, el poder administrativo y a ello se suman mecanismos de relación y de tensión entre poderes tales como, compatibilidad de cargos públicos (ministro-diputado) o exigencia de responsabilidad política a los ministros en la Cámara.

Con la restauración el equilibrio de poderes que exige el principio de separación se articula a través del sistema turnista de partidos. La II República significó, tal como narra Fernández Sarasola, que no se había cubierto una importante laguna, esto es, la de juridificar el principio de separación de poderes. El autor no se olvida de rematar esta carencia con otra que no podía resultar obviada, las nuevas facultades de la presidencia de un Jefe de Estado Republicano, desconocidas hasta la fecha pero que entonces había que integrar. Un juego de equilibrios peligroso que además pintaba con claro peso para el poder legislativo. «Por una parte, la ausencia de mecanismos sólidos de democracia directa, relegando la participación del Cuerpo Electoral en la función de gobierno; por otra el unicameralismo que, según el propio Alcalá-Zamora, propendía a convertir la Asamblea en convención; finalmente, el carácter constituyente de las Cortes del 31.»

Otro factor que también trae a colación el autor en la interpretación del principio de separación de poderes es, sin duda, la organización territorial de España como Estado integral. Una fórmula que adoptó un tanto frívolamente el Constituyente del momento y de la que

no se tenían demasiado aquilatados los potenciales efectos. Tal vez y entre otras razones, porque no se sabían con nitidez. Nos deja el autor aquí con «gananas de más», esa fórmula de Estado integral tan peculiar y de la que tan curiosas afirmaciones se vertieron por sus señorías (Jiménez de Asúa entre otros) en los debates plenarios, tal vez podría haberse exprimido más.

## VI. BENIGNO PENDÁS<sup>5</sup>

La segunda parte de esta obra analítica proyecta su mirada hacia el futuro de la separación de poderes a la luz de los «males» de nuestros días. Dice no sin razón Pendás, «...desde el punto de vista metodológico, el problema reside seguramente en que las clasificaciones académicas pierden su sentido al entrar en contacto con la vida real.» Y hasta tal punto resulta contundente el autor que llega a decir que sólo por inercia mantenemos hoy la separación de poderes en los modelos parlamentarios y presidenciales. Cita Pendás al profesor García Roca y recuerda sus palabras un tanto nostálgicas: «La división de poderes forma parte inexcusable de la arquitectura del Estado liberal de Derecho..., permite asegurar a los ciudadanos su libertad política.»

La realidad de hoy tiene nuevos poderes protagonistas: los medios de comunicación, la opinión pública, los grupos de presión de diversa índole y naturaleza. La gran doctrina de Montesquieu se ha diluido entre ellos, los clásico modelos de gobierno parlamentarista como el británico, presidencialista norteamericano o híbrido entre ambos como

<sup>5</sup> Profesor Titular de Ciencia Política de la Universidad Complutense de Madrid. Ictado de las Cortes Generales. Jefe de la Asesoría Jurídica del Senado.

el francés se han desdibujado. La realidad supera la teoría, la experiencia excepcional a la teoría, la inercia sorprende y descoloca a la teoría. Y Pendás se cuestiona, cómo funcionan los poderes hoy. Según este profesor el político posmoderno escucha a todos, negocia con quien puede, habla con términos ambiguos y, lo que es aún más importante, «diluye la responsabilidad entre un amplio abanico de órganos auxiliares.» Inevitablemente, como muy bien vaticina el autor, el sentido de la responsabilidad se ha perdido. Esta visión pesimista que nos trasladan estas páginas y al mismo tiempo tan rica en la inclusión de causas y factores que necesitan ser analizados resulta muy sugerente («...la realidad actual de los sistemas constitucionales conduce...sólo sobreviven en la democracia mediática de nuestros días los sistemas capaces de adaptarse a esta especie de cesarismo plebiscitario...») Una tradición cuestionada, la del Derecho Constitucional y la Ciencia política que reclaman a gritos su reconstrucción.

#### VII. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA<sup>6</sup>

Resulta muy sugerente y provocador el título que utiliza el profesor Presno: «Pluralismo de partidos no separación de poderes». La realidad se ha encargado de subrayar la trascendencia del pluralismo y de la separación de partidos y tanto en una democracia presidencial como parlamentaria las relaciones entre poderes dependen ineluctablemente del sistema de partidos. A su vez y en paralelo, asistimos a un paulatino liderazgo o posición de primacía de los partidos en el seno de las instituciones públicas. Y así la jerarquía y burocratización dentro de éstos ha ocasionando, como no podía ser de otra ma-

nera, el ascenso del Gobierno dentro de las relaciones entre poderes. Esta realidad se hace presente en marcos como el norteamericano, dice el profesor Presno: «...la propia Constitución de los Estados Unidos ha diseñado una forma de gobierno que precisa no de la separación, sino de la cooperación de poderes para que el sistema federal pueda funcionar y dicha colaboración tiene mucho que ver con el carácter unificado o dividido del gobierno; es decir, con la existencia, o no, de sintonía, basada en la pertenencia a una misma formación política, entre quien ocupa la Presidencia y la mayoría parlamentaria en las dos Cámaras del congreso...» (pág. 251-252).

La distancia entre modelo presidencial y parlamentario es muy difícil de apreciar. Frente a este diagnóstico la premisa es a juicio del autor clara: «...hay que atender a la concreta estructura del sistema partidista en cada país para comprender su incidencia en las relaciones entre los poderes.» (pág. 256).

Las funciones clásicas, ejecutivas, legislativas, de control, presupuestaria, etc; se han ido transformando por la oligarquía partidista. El líder del partido en el gobierno es el «príncipe moderno». El caso español, a pesar de que el autor se remite al ejemplo norteamericano y también al alemán, es ejemplo de ello. La primacía de la presidencia se percibe con carácter general en la organización y selección de los miembros del gobierno, en la dirección y coordinación de las actividades ministeriales y en definitiva desde el mismo momento de la investidura. Concluye por todo ello el autor que es imprescindible un profundo pluralismo político en el que formación y manifestación de la voluntad popular se desarrollen libremente. Además debe diferenciarse entre órganos políticos y órganos institucionales, con diversas decisiones y efectos distintos. Y por último, será también relevante una íntima conexión entre el Gabinete y la mayoría par-

<sup>6</sup> Profesor Titular de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo.

lamentaria articulada mediante medidas normativas y acciones de gobierno y una actitud de respeto y consideración hacia las minorías.

#### VIII. RAMÓN PUNSET<sup>7</sup>

Este trabajo lleva por título: «Potestades normativas y forma de gobierno» y ofrece una visión enormemente práctica de la realidad del principio de separación de poderes. La Constitución distribuye orgánicamente lo que también ha separado funcionalmente de acuerdo al dogma de la soberanía nacional. Los titulares de las diversas funciones deben mantenerse en una posición de equilibrio de poderes, pero el equilibrio fundamental es el que deber producirse entre el Parlamento y el Gabinete (págs. 304 y 305).

Reflexionar y desbrozar los enormes problemas que plantea el anterior equilibrio es el objetivo de estas páginas. Se refiere el autor a la posición de los Tratados internacionales en los casos de contradicción con el derecho interno. Expone el autor varias soluciones. No cabe aplicar el principio de jerarquía entre Tratado y ley, sólo entre Constitución y ley. Además, la Constitución impone un mecanismo específico para reformar los tratados del que están excluidas las normas internas. La solución no es, dice Punset, plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y no lo es por diversos motivos. En primer lugar, porque no está previsto en el artículo 163 de la CE que regula la cuestión de inconstitucionalidad, no olvidemos, dice el autor citando jurisprudencia al respecto (STC 28/1991) que los Tratados internacionales no son bloque de constitucionalidad.

<sup>7</sup> Catedrático de Derecho constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Oviedo.

En segundo lugar, porque se permite al juez ordinario inaplicar igual que con aquellas leyes de carácter preconstitucional que pudieran contradecir la Constitución y en tercer lugar, porque a diferencia de la posición del Consejo de Estado, no infringe el artículo 117.1. CE, la inaplicación de leyes por el juez ordinario si éstas son contrarias a Tratados internacionales o a derecho comunitario.

Resultan además muy interesantes, por densas y por capaces de ofrecer muchos matices, las citas a pie de página de este trabajo. Se pregunta el autor, *¿Cabe entender que esta doctrina es aplicable también si la norma interna es de carácter reglamentario?* Responde Punset que claro que sí puesto que lo que constituye la infracción del artículo 24.1 de la CE no es el exceso de jurisdicción del órgano judicial inaplicando indebidamente una norma con rango de ley, sino la decisión del juez que no se sujeta al sistema de fuentes establecido (pág. 321).

Pero todo este tipo de conflictos derivados, en parte, de la primacía y efecto directo del derecho comunitario en nuestro ordenamiento han puesto en el ojo de mira la posición del Tribunal Constitucional y así un tanto irónicamente trae el autor de este trabajo a colación las palabras de A. Charles Clarke, que distingue de cualquier técnica suficientemente avanzada y la «magia». A juicio de Punset y, seguramente de otros muchos en la doctrina el Tribunal Constitucional en determinados pronunciamientos hace «magia». Ahora bien, resulta un tanto curioso, que siendo tan ricas y llenas de matices las reflexiones de este trabajo concluya el autor con broche tan peculiar: «...Si algo han demostrado treinta años de régimen constitucional español, [...] es la fortaleza del Gobierno en cualquier circunstancia, excepto si existe división en el partido que los sustenta. Y todas las fuerzas políticas con vocación de liderazgo nacional han aprendido la lección de UCD y las

consecuencias de la dimisión de Adolfo Suárez, incapaz en 1981 de mantener unido a su partido [...]»

#### IX. FABIAN WITTRÉCK<sup>8</sup>

La división de poderes también ha tenido un recorrido y problemas específicos en la República Federal de Alemania y más concretamente en el marco de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Como punto de partida se convierte en necesario dilucidar si el principio como tal, surge naturalmente derivado de una serie de relaciones entre poderes: relaciones transversales, competenciales, relativas a sus titulares; o bien de otro modo, surge bajo un detallado modelo de mecanismos articulados.

La inclinación por una u otra tesis surge del artículo 20.2 de la *Grundgesetz*. Todo poder emana del pueblo y además, cualquier modificación concreta de las diversas y distintas funciones de Estado, esto es, el principio o cláusula de separación de poderes es intangible para cualquier poder o ciudadano.

Pero asumida esta premisa como punto de partida los problemas que ha planteado y hoy son objeto de debate en torno al principio de separación de poderes coinciden, en parte, con los expuestos para España por nuestra doctrina. El sistema de gobierno parlamentario es una clara desviación constitucional de una concepción rígida del principio de separación de poderes. El control de constitucionalidad hace peligrar la línea divisoria entre poder legislativo y judicial. El poder judicial y el poder ejecutivo se «mezclan» peligrosamente, de un lado por las competencias ministeriales para el nombramiento de los jueces (arts. 95.2 GG y 98.4GG) y por otra parte, por el control competencial singular (art. 19.4 GG)

<sup>8</sup> *Professor für Öffentliches Recht An der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.*

La verdadera confrontación y tensión se produce entre el poder ejecutivo y el legislativo, al igual que en el resto de Estados referidos. El poder judicial pierde protagonismo en semejante tensión. La realidad manifiesta un desequilibrio fáctico de poderes. La dependencia parlamentaria del Canciller federal se transforma en una no menor dependencia de la mayoría parlamentaria que sustenta al Gobierno del canciller, quien dirige y se impone a los grupos parlamentarios de la mayoría, «...en la medida en que sólo él representa una opción política de poder idónea para el aseguramiento de su propia posición mayoritaria...» (pág. 358)

La división de poderes alemana es claramente vertical. En el ámbito legislativo domina claramente la «federación» (arts. 70 y ss. GG), mientras que en el terreno ejecutivo los Estados federales y su propia ejecución de las leyes federales constituyen la tónica general. Asimismo el poder judicial de los Estados federados también prima y ello se percibe en su ejercicio por parte de los tribunales. Y junto a los poderes clásicos existen los denominados «cuartos poderes». Por un lado, el poder sobre los asuntos exteriores y por otro el de los medios de comunicación, a ellos podemos sumar, si bien en menor medida: el poder desplegado por iglesias, confesiones religiosas en general, agentes económicos, organizaciones no gubernamentales.

El paisaje demuestra una nueva configuración del principio clásico, nuevos poderes, nuevas competencias, nuevos límites, nuevos efectos no previstos. Asistimos a una clara traslación de los centros o núcleos de decisión. Derecho internacional, agentes económicos globales, opinión pública transnacional, son algunos de los ingredientes culpables de la «reformulación de las funciones estatales».

Pero ¿qué pasa con el poder judicial ante tanto cambio? Responde Wittreck que además de perder capacidad de control sobre los otros poderes, especial-

mente sobre el ejecutivo, pasa en cierto modo a «depender» de él porque controla su gestión y su política de nombramientos. Una realidad enormemente peligrosa que también en España debería hacer saltar las alarmas.

El autor de este interesante trabajo termina confesando su optimismo a pesar de los muchos cambios sufridos por el principio de separación de poderes ya que confía en que la «flexibilidad» de la cláusula del art. 20.2 GG que más bien habla de «desglose de poderes» permita equilibrar y redimensionar tanto cambio sufrido en aras de un adecuado y correcto ejercicio de las funciones del Estado.

X. A modo de cierre podemos concluir que este volumen ofrece al estudio un nutrido trabajo sobre el inagotable e inabarcable principio de separación de poderes. Una mirada ambiciosa hacia el pasado y sobre el presente que combina, a nuestro juicio, oportunamente teoría y realidad. Una armónica mezcla de estudios que «pasean» agradablemente al lector por muchos problemas y realidades.

ROSA MARÍA FERNÁNDEZ RIVEIRA  
*Profesora Contratada Doctora  
 Universidad Complutense de Madrid.*

\* \* \*

ABSTRACT: *This paper about «separation of powers» shows, along 397 pages, eight interesting works from different authors with various perspectives. The first part analyzes the historic perspective of this principle and takes like illustration United Kingdom and its most important doctrinaire. On the other hand, rest authors speak about the present and future of this teoric principle. What problems have our society regarding performing powers? Whoever are property's power actually? The reality offers new powers like, public opinion, mass media, economic agents, lobbys. The separations powers's essence is now very different. What is it in fact...?*

RESUMEN: *Este trabajo sobre el clásico principio de «separación de poderes» muestra a lo largo de sus 397 páginas, una sucesión de interesantes voces que desde diferentes perspectivas lo analizan. Una primera parte se centra en la evolución histórica y el origen del poder político, su relación con los demás poderes y la paulatina consolidación de la separación de poderes como principio irrenunciable y estabilizador de cualquier forma de gobierno. Se utiliza el marco británico y la doctrina inglesa fundamentalmente. A su vez, una segunda parte del libro contempla cuál ha sido el desarrollo moderno y actual de tal separación de poderes, el incierto futuro del mismo, los interrogantes y lagunas que se han ido configurando en su esencia y la aparición de otros poderes que han ido adquiriendo igual relevancia y protagonismo.*

KEY WORDS: *Political Independence. Neutrality. Legislative, executive and judicial power. Government. Power's cooperation between. New powers. Mass media. Politic making. Politic parties.*

PALABRAS CLAVE: *Poder político. Independencia. Neutralidad. Gobierno. Legislativo. Ejecutivo Judicial. Cooperación de poderes. Nuevos poderes. Medios de comunicación. Agentes políticos. Partidos políticos.*

DÍEZ-PICAZO, Luis María: *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, 217 págs.

La claridad y sencillez expositiva del profesor Díez-Picazo es el rasgo distintivo de todos sus ensayos. Con un ritmo liviano, desprovisto de cualquier manierismo, ataca el núcleo de los problemas jurídicos que selecciona y deshace todas las dificultades conceptuales para servir al lector un análisis medido, que suele marcar en la doctrina un camino a seguir. La sobresaliente capacidad del ahora magistrado es de sobra conocida y tiene poco sentido que un constitucionalista menor se detenga demasiado en ella, pues corre el serio riesgo de incurrir en el ridículo de la alabanza innecesaria. Sí importa, no obstante, subrayar que el libro que recensiono en estas páginas goza también del rasgo antes señalado, de suerte que navega con extrema soltura entre los temas capitales del derecho público europeo, dando y quitando, hasta componer una imagen maestra que perfectamente puede servir de guía o catálogo en el estudio de los problemas jurídicos que atraviesan nuestra realidad contemporánea.

El autor anuncia en el prólogo que el libro recoge dos tipos de trabajos. La primera parte está compuesta por un número de ensayos que deberían haber integrado una obra colectiva sobre el Tratado constitucional, que finalmente no fue editada. Leídos en conjunto suponen un esfuerzo dogmático por clarificar los elementos distintivos de la Unión. Además,

al lector atento no se le escapará que existe una similitud sustancial con la recopilación que el autor publicó en el año 2002 bajo la rúbrica de Constitucionalismo de la Unión Europea (me refiero expresamente a los textos de este libro titulados Ciudadanía Europea, Demos, Tratados y Constitución, Soberanía y Estados Miembros). La segunda parte del libro recoge una miscelánea cuyo único criterio es el orden cronológico de publicación. No obstante, en la medida que aborda temas capitales en el derecho europeo —supremacía, adhesión al Convenio, distribución competencial, coacción, autonomía institucional, propiedad y servicios de interés económico— permiten también una mirada de conjunto. Dada esta estructura, propongo al lector que este libro se afronte asimismo con una doble perspectiva, que es, en todo caso, la que yo utilizo para ordenar sus tesis. La primera parte, en la que el autor intenta definir la naturaleza de la Unión Europea. La segunda, que trasciende el objeto principal mediante el estudio de una serie de instituciones concretas, que, a la vez, indirectamente, suscitan relevantes dudas sobre la configuración jurídica del Estado.

#### I. A la búsqueda de un concepto

«La naturaleza de la Unión Europea». Seguramente no se podría haber elegido

un título más contundente y ambicioso. Sin embargo, el magistrado Díez-Picazo sostiene en el prólogo que el título, sugerido por terceras personas, no le reconforta, pero que, dado el fracaso del Tratado constitucional y las dificultades con las que se ratificó Lisboa, «en tiempos de incertidumbre» le resulta más «neutra» la palabra «naturaleza», «porque la palabra constitucionalismo no serviría ahora para describir la realidad». Este último párrafo del prólogo plantea cuestiones metodológicas que en sí mismas serían ya motivo autónomo de reflexión. De un lado, la incompetencia del «constitucionalismo» para explicar el derecho europeo. De otro, la neutralidad de los conceptos en el estudio de los fenómenos jurídicos. Respecto a lo primero, el profesor Díez-Picazo no prolonga su argumento a lo largo del libro (en ocasiones incluso lo desmiente), por lo que no diré nada en esta recensión, salvo que el déficit de Constitución no ha de debilitar necesariamente la utilidad de la metodología constitucionalista en el estudio del derecho europeo. Es más, me atrevo a afirmar que algunas realidades del derecho europeo sólo son comprensibles desde la teoría constitucional (así, el autor dedica páginas importantes al problema del pueblo, de la autoridad última o del propio concepto de Constitución, es decir, el profesor Díez-Picazo utiliza el «constitucionalismo» para dar cuenta de la situación actual). Es llamativo, por otro lado, que Díez-Picazo califique de neutral la búsqueda de la naturaleza de la Unión. Creo que no se refiere con el citado adjetivo a la asepsia valorativa, sino que simplemente quiere subrayar el método jurídico con el que aborda su trabajo en este libro, que no es otro, sino el clásico esfuerzo de elaborar conceptos. En efecto, a las disciplinas jurídicas también pertenece la tarea de ordenar la pluralidad de la realidad mediante una serie de creaciones conceptuales que nos ayudan a interpretar las normas allí donde se ofre-

cen oscuras, fragmentadas o incompletas. En fin, la naturaleza de las cosas —su esencia o concepto— es un modo de comprenderlas. Y en ese afán se embarca el profesor Díez-Picazo. Pero, ¿cómo construir un concepto? ¿Cómo definir la naturaleza de la Unión? De esto depende realmente el éxito de la aventura dogmática. Díez-Picazo utiliza la estrategia lógica de la oposición conceptual. Busca la esencia de la Unión, aquello que la distingue, contraponiéndola primero al concepto de organización internacional, para compararla luego con el concepto de Estado federal.

El primero de los ensayos —«La Unión Europea entre el derecho internacional y el derecho constitucional»— es el que presenta los rasgos distintivos de la Unión a la luz de su singularidad como organización internacional. Para el profesor Díez-Picazo, siguiendo la caracterización general de la doctrina, ésta es una organización internacional «sui generis». Lo que la saca del género «organización internacional» —y aquí también trabaja sobre el consenso general de la academia— son sus peculiaridades jurídicas. A saber, la (antigua) estructuración en dos comunidades; la conformación de un ordenamiento jurídico autónomo; la personalidad jurídica propia; la constitucionalización de los Tratados al leerse desde *Vang Gend Loos* como disposiciones jurídicas que reconocen derechos subjetivos; y, finalmente, el fallido Tratado constitucional que puso en el centro del debate el carácter obsoleto de la naturaleza del derecho europeo como derecho internacional. En definitiva, Díez-Picazo reincide sobre una idea generalmente compartida: ni la creación ni la aplicación del derecho europeo son monopolio de los Estados; una y otra fase jurídica han cobrado su dinámica propia.

¿Es esta una dinámica constitucional? El resto de los ensayos de la primera parte pueden leerse de manera conjunta en torno a esa pregunta. El autor considera

que son dos ejes los que permiten solventar la cuestión (p. 71). El primero consiste en saber qué le falta a los Tratados para ser Constitución. Al leer el trabajo titulado «Mito y realidad de la forma tratado internacional», el lector puede llegar a la conclusión de que, según Díez-Picazo, los Tratados son sustancial y formalmente una Constitución. Sostiene que «nada impide, en resumen, pensar en la constitución como una noción sustantiva, sin ninguna característica formal definitoria. No es irrazonable ni extravagante pensar en la constitución sólo como un contenido, no como un continente» (p. 38). Y más adelante se esfuerza en minimizar los requisitos formales de la fuente Tratado frente a la fuente Constitución (federal). Así, subraya que ambas fuentes requieren la voluntariedad para la entrada en vigor; que la unanimidad de la reforma es sólo un dato coyuntural, pero no definitorio de la fuente Tratado; y que, en ambos casos, la retirada no es meramente voluntaria. La única diferencia radicaría en los poderes que la Constitución federal reconoce a la Federación para sancionar precisamente la retirada unilateral, esto es, la secesión.

Es plausible compartir la tesis del profesor Díez-Picazo, pues, efectivamente, los poderes de la Unión se regulan por los Tratados, operando éstos como si sustancialmente fueran una Constitución. Esta primera conclusión, permite entonces desactivar los condicionamientos formales que separarían a una Constitución de los Tratados. Pero al alcanzar este punto de llegada, al lector no se le olvidarán las dificultades ratificatorias del Tratado constitucional y del Tratado de Lisboa. Seguramente lleva razón el profesor Díez-Picazo y la unanimidad en la reforma no es un dato que caracterice la fuente Tratado, pero, en todo caso, la unanimidad política en la reforma de los Tratados constitucionales sí que ha condicionado de manera definitiva la evolución jurídica de la Unión. Sea como fue-

re, los Estados mantienen una reserva de ratificación, lo que supone en términos político-constitucionales que, a diferencia de un momento constituyente, la minoría (un Estado) puede condicionar (véase el Tratado de Lisboa) e incluso impedir (véase el Tratado constitucional) la decisión de una amplísima mayoría. Y tras este presupuesto político-jurídico late una significativa tesis de teoría del estado que es de sobra conocida por todos: la democracia sólo reside en el pueblo de los Estados, lo que explica que la ratificación de los Tratados no puede funcionar como un momento genuinamente constitucional, sino que necesariamente ha de preservar a los Estados una potestad de veto. Así las cosas, los defensores de esta tesis afirmarían que el profesor Díez-Picazo se equivoca, pues la unanimidad en la ratificación quizá sea un dato coyuntural en el resto de Tratados internacionales, pero es un dato esencial en la explicación de la naturaleza de los Tratados constitutivos de la Unión: la Unión es una creación de los Estados miembros y sus pueblos, por lo que siempre han de conservar una potestad de veto.

El autor conoce esta famosa tesis de origen alemán y se enfrenta a ella en el trabajo «Demos y democracia en la Unión Europea», para desecharla de forma contundente afirmando: «Pues bien, todo ello no es, en el fondo, sino una transposición al proceso de integración europea de los postulados del nacionalismo». Desgraciadamente, la fuerza lapidaria del contraargumento del autor choca con la contumacia de la realidad político-jurídica. Sea la versión original alemana basada en la tesis del demos nacional, o su reformulación italiana o española a través de la tesis de los contra-límites, la verdad es que la posición fundacional de los Estados y sus Constituciones está llamada todavía a desempeñar un papel significativo, siquiera simbólico, como nos recuerdan la Sentencia Lissabon del Tribunal Constitucional Federal alemán o la

Sentencia 199/2009 de nuestro Tribunal. En fin, la precisa redacción del artículo 4 del Tratado de la Unión tras su reforma por el Tratado de Lisboa, en especial el apartado segundo, demuestran que las tesis estatistas no deben ser menospreciadas, al menos en un análisis de realismo político.

El segundo eje sobre el que gira la primera parte del trabajo, consiste en saber si la Unión responde a las características propias de un Estado federal. Para construir su argumentación, el profesor Díez-Picazo, aunque sea someramente, repasa alguno de los problemas clásicos de la teoría del estado. Así, el ensayo al que ya me he referido —«Demos y democracia en la Unión Europea»—, a la vez que recuerda el debate sobre la necesidad de un pueblo europeo en el proceso de construcción democrática de la Unión, en el fondo, trae a la palestra la vieja pregunta sobre la existencia de un pueblo como requisito de la estatalidad, de suerte que tenerlo o no, aleja o acerca a la Unión de lo estatal. Es difícil aquí entender plenamente la posición del profesor Díez-Picazo. Como ya se ha señalado, rechaza de plano la necesidad de un pueblo para democratizar la Unión, tildando esta tesis de nacionalista. Pero al mismo tiempo afirma que «... es claro que atribuir la ciudadanía de la Unión Europea por remisión a la nacionalidad de los Estados miembros implica renunciar a construir un cuerpo político homogéneo», circunstancia que se justifica por la necesidad de construir el poder político no sólo a partir de elementos racionales, sino también sentimentales. Sin embargo, de este conjunto de interesantes afirmaciones no acaban de extraerse conclusiones que acerquen o aleje a la Unión del Estado federal.

En los márgenes de este debate sobre la estatalidad de la Unión ha de leerse igualmente el trabajo que lleva por título «El problema de la autoridad última en la Unión europea», y que surca la disputa

clásica en torno a la competencia sobre la competencia. Tras recordar las tensiones expansionistas del derecho de la Unión y las dificultades jurídicas para contenerlas, el estudio, en su tramo final, llega de lleno al problema: ¿cobra alguna operatividad la soberanía estatal en la contención del impulso expansivo de la Unión? A lo que el autor responde que «La soberanía constituye, así, un *status* que el derecho internacional otorga a los Estados; y, por ello mismo, despliega sus efectos dentro del derecho internacional, no al margen del mismo. La conclusión sólo puede ser que el concepto de soberanía no sirve para justificar la desvinculación unilateral de obligaciones válidamente asumidas según el derecho internacional». En definitiva, sino no he entendido mal al profesor Díez-Picazo, los Tratados constitutivos, como cualquier otra Constitución federal, regulan el estatus de los Estados miembros, que no pueden separarse unilateralmente apelando a su carácter soberano.

La construcción de la Unión al margen de un principio político unitario, pues la ciudadanía remite a las nacionalidades estatales, encuentra su contrapeso en la inoperancia de la soberanía para configurar una potestad unilateral de retirada de los Estados miembros. Sin embargo, el fiel de la balanza se decanta definitivamente, negando el carácter estatal de la Unión, en dos trabajos que el profesor Díez-Picazo dedica al problema la coacción —«La condición de Estado miembro de la Unión europea» y «Hacia una teoría de la coacción en el derecho de la Unión europea»—. Podría decirse que en estos estudios está la tesis principal de la recopilación: la Unión carece del monopolio de la fuerza necesario para requerir el cumplimiento de su derecho; poder que, sin embargo, conservan plenamente los Estados miembros. De esta manera, la Unión, al carecer de administración coactiva para hacer cumplir su derecho, ha de valerse de las nor-

mas y los procedimientos coactivos de los Estados miembros (p. 176). Sin embargo, esta tesis, en mi opinión, ofrece muchos más flancos abiertos que posiciones firmes. Nadie menos capaz que quien ahora escribe para sentar las bases de una teoría contemporánea del estado, pero creo que identificar el Estado con la potestad de coacción es una reducción excesiva, donde la parte parece apoderarse del todo. En efecto, la organización política Estado necesita de un poder institucionalizado, esto es, de potestades públicas que vinculen unilateralmente a sus destinatarios. Sin duda, de entre todas las potestades estatales, la coactiva ocupa un lugar relevante, en cuanto que expresión de la autotutela estatal. Ahora bien, no menos importancia tiene la potestad normativa o la potestad jurisdiccional, u otras formas de potestad ejecutiva más allá de la coactiva, muchas de las cuales, singularmente las dos primeras, son ostentadas por la Unión. En definitiva, si carecer de potestad coactiva es lo que distingue a la Unión del Estado federal, no parece que la diferencia sea cualitativamente relevante. Porque además, al aceptarse de plano la tesis del profesor Díez-Picazo, surge inmediatamente una paradoja: ¿Cómo la Unión, careciendo de potestad coactiva para imponer sus normas, ha logrado que estas sean generalmente aceptadas? Sólo caben dos respuestas. O bien la coacción no es tan relevante para la existencia de un ordenamiento (por tanto, el Estado no es tan relevante para la existencia de un ordenamiento); o bien, los Estados miembros (su potestad normativa, su potestad jurisdiccional y su potestad ejecutiva) son también «parte de la Unión», de modo que la potestad de ejecución ejercida por la Administración estatal, autonómica o local, cuando se funda en derecho europeo, es también ejercicio de la potestad coactiva de la Unión a través de agentes, que, ostentan su autoridad en virtud del derecho estatal y del derecho de la unión. En definitiva,

la Unión hace suyos a los agentes estatales, que pasan a ser jueces estatales y europeos, funcionarios estatales y europeos. Sólo esta ficción jurídica, nutrida de la relevante carga político-jurídica que nos aporta la regla de reconocimiento (el agente que aplica el derecho identifica en esas normas el fundamento de validez de su actuación), puede explicar el hecho indiscutible de la efectividad general del derecho europeo. En caso contrario, este fenómeno sólo se podría comprender negando toda utilidad a la potestad de coacción, algo que a día de hoy parece difícil, incluso cuando, como es mi caso, la identificación del Estado con el monopolio legítimo de la fuerza resulta cognitivamente insuficiente.

Más allá de su discutible tesis central, hay en la primera parte del libro una conclusión final clara. Recordemos que el esfuerzo estaba encaminado a conceptualizar la Unión, conformando su naturaleza en oposición a las organizaciones internacionales. De este modo, resumiendo las aportaciones del autor, la Unión tendría un ordenamiento jurídico propio en la producción y aplicación del derecho, del que nacerían derechos subjetivos, pero, sin embargo, la imposición coactiva de sus normas y, por tanto, de esos mismos derechos subjetivos, se sostendría sobre la potestad coactiva de los Estados miembros. A partir de aquí, hay un suelo firme para afrontar los nuevos retos de la construcción europea.

## II. De la necesidad de un concepto

Ese suelo firme habría de darnos elementos para analizar instituciones concretas, y de hecho compone el magma conceptual mediante el cual el profesor Díez-Picazo traza las líneas fundamentales de una serie de cuestiones que aborda en la segunda parte del libro. Ocurre, no obstante, que los temas escogidos por el autor —supremacía, adhesión al Con-

venio, distribución de competencias, derecho de propiedad y servicios de interés general— contienen temas capitales del derecho público contemporáneo. Es más, son temas que reflejan las transformaciones que el derecho europeo ha provocado en el Estado y su derecho. Creo que es esta la perspectiva desde la que merece la pena leer la segunda parte del trabajo. La revisión de una serie de cuestiones capitales, nos sirve para volver a recordar en qué punto se encuentra la organización estatal fruto de la irrupción de la Unión.

El trabajo «Notas sobre el principio de primacía» es útil en la revisión de esta institución clave y, sobre todo, de sus efectos específicos. En este sentido, el profesor Díez-Picazo afirma que «... cuando la norma comunitaria tiene como finalidad la armonización de legislaciones de los Estados miembros, parece claro que el principio de primacía no puede traducirse sólo en la inaplicación de la norma nacional en contrario, sino que será necesaria su derogación y sustitución por otra nueva ya armonizada» (p. 189). El argumento para alcanzar tal conclusión no es otro que la apoyatura de Simmenthal, una de esas sentencias valoradas y vilipendiadas a partes iguales. Sea como fuere, a día de hoy, la primacía continúa anclada en el desplazamiento aplicativo como efecto exclusivo, sin que instrumentos adicionales, como por ejemplo podría ser la anulación, cobren espacio alguno. Seguramente, la contención del desplazamiento aplicativo, que mide al máximo los efectos sobre la norma de derecho comunitario, justifica que el Tribunal de Justicia y la mayoría de la doctrina se mantenga firme en ese criterio. Un criterio que además puede ser comprendido a partir de razones más profundas, que por motivos constitucionales anclan la potestad jurisdiccional a la selección e interpretación de la norma aplicable a cada caso, sin otorgarle potestades adicionales que permitan expul-

sar del ordenamiento la norma estatal contraria a derecho europeo; se prefiere, en definitiva, resolver el caso sin enjuiciar la norma. Algo de esta reflexión hay, además, en el estudio «La sentencia *Unibet* y el principio de autonomía procesal», donde el autor se detiene en otra cuestión principal, como es la estructuración de vías procesales adecuadas para la tutela judicial de pretensiones fundadas en derecho europeo. Creo que ambos problemas —eficacia de las normas y su control judicial— están relacionados de modo muy intenso y, seguramente, uno condiciona al otro. En este sentido, el profesor Díez-Picazo indica claramente la relevancia de la Sentencia *Unibet*, donde el Tribunal de Justicia parece llamar a la necesidad de arbitrar, al menos allí donde la norma habilita la potestad sancionadora, una suerte de control abstracto o al menos un control cautelar que no espere a la imposición de la sanción para activar la pretensión de defensa frente a una norma contraria al derecho europeo (p. 196).

Es también recomendable una lectura sin solución de continuidad de los trabajos «Derecho comunitario y régimen de la propiedad (en torno a la artículo 295 del Tratado de la Comunidad europea)» y «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», pues ambos trabajos giran sobre una temática común, referida a la función social de la economía. El primer trabajo resulta muy interesante por las lecturas transversales que ofrece. Lleva toda la razón el autor cuando da cuenta de la función inicial del artículo 295, que pretendía garantizar una incidencia neutral del derecho europeo, incluso ante el monopolio público. Y son por ello muy interesantes sus esfuerzos por indagar cuál puede ser ahora su sentido, en un momento en el que la propiedad tiene una nueva garantía autónoma en la Carta. Y resulta cuando menos ingenioso, que el profesor Díez-Picazo lea ahora el viejo artículo 295

(ahora artículo 345) como una reserva a favor de los Estados para regular el derecho inmobiliario: «Tal vez signifique sólo que los europeos consideran que la legislación sobre la propiedad —especialmente la relativa a la propiedad inmobiliaria, es decir, el modo de tener la tierra— forma parte de sus respectivas identidades nacionales». El segundo trabajo es una exposición clarísima de una categoría —los servicios de interés general— que, como bien señala el autor, se mueve entre el servicio y la tarea pública (p. 201), y esa tarea pública, causante de un coste adicional, la que justifica la misión del interés general (p. 208).

Finalmente, siguiendo con la propuesta de lecturas por binomios, es ese tipo de lectura al que invitan los trabajos «La adhesión de la Unión europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos» y «La delimitación de competencias en el proyecto de Constitución para Europa». El primero de los estudios afronta una cuestión clásica del derecho europeo ¿tiene la Unión competencia para adherirse a un ordenamiento de las características del Convenio? Y, sin duda, el interés de la respuesta de Díez-Picazo reside precisamente en su capacidad para formular la pregunta de otro modo, sacándola de las disquisiciones competenciales: «Esta decisión no es del todo convincente (se refiere al Dictamen de 28 de marzo de 1996); y ello, sucintamente expresado, porque no puede decirse que los derechos fundamentales sean una materia sobre la que se tiene —o no se tiene— competencia. En un contexto liberal-democrático, los derechos fundamentales son, antes que cualquier otra cosa, barreras frente a los poderes públicos». Cambio de orientación que de algún modo es confirmada por los Tratados, donde la posibilidad de la adhesión no se articula en el marco de las competencias, sino en el artículo 6 del Tratado de la Unión, dedicado específicamente a los derechos fundamentales, y, además,

no se concibe como una habilitación, sino como un mandato —«La Unión se adherirá al Convenio...». Por otro lado, el segundo estudio, que también podría leerse tras el trabajo titulado «El problema de la autoridad última en la Unión Europea», es una somera explicación de la distribución competencial en el proyecto constitucional, que, sin embargo, conserva algo de utilidad en el presente. Es así, pues tanto el Proyecto de Tratado Constitucional como el Tratado de Funcionamiento recogen un esfuerzo clarísimo por superar un escenario de incertidumbre competencial.

El interés de la segunda parte de libro no termina con la lectura de cada uno de los trabajos. La imagen general presenta de frente al lector con los principales temas que han ordenado las relaciones de la Unión con los Estados miembros, o, lo que es igual, la cuestiones que han transformado necesariamente la comprensión del Estado contemporáneo. Sin duda, la primacía del derecho europeo ha sido uno de los fenómenos jurídicos más relevantes de toda la segunda mitad del siglo XX y, hoy, se toma como un lugar común. No obstante, la retracción del derecho del estado no deja de plantear múltiples interrogantes sobre el nuevo modo de definir a un Estado, que ya no es monopolio de la fuerza, sino cooperación con otras instituciones que también ejercen potestades públicas. Igualmente, si la regulación de la propiedad conforme a su función social y el servicio público fueron los paradigmas que construyeron jurídicamente el Estado social, la libre prestación de servicios ha sido el nuevo impulso al que han tenido que acomodarse actividades que hasta ahora no necesitaban justificación para ejercerse bajo determinadas prerrogativas (por ejemplo, la prestación de servicios sanitarios). Por último, casi no es necesario recordarlo, vivimos en una época donde los materiales constitucionales, especialmente los relativos a los derechos funda-

mentales, fluyen desde muy diversos textos, ofreciendo al ciudadano diversos espacios de protección. En fin, si la primera parte del libro intenta identificar la naturaleza de la Unión, la segunda da elementos suficientes para comenzar a pensar en la necesidad de un concepto renovado de Estado. Esperemos que en su próxima publicación, el profesor Díez-Picazo, con su habitual brillantez, nos ofrezca las claves necesarias.

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ  
*Profesor Titular de Derecho  
 Constitucional  
 Universidad de Granada*

\* \* \*

ABSTRACT: *This review proposes the reading of the book in a double perspective. The first one looks a definition of the nature of the Union. The second moves on several issues that give a general approach to the actual State. To complete the first perspective, the book*

*works with the opposite concepts of international organization and federal state, to a point where the Union is distinguished from an international organization but lacks the coactive power of State. The second perspective goes through capital issues of public law—primacy, competences, property, etc.—.*

RESUMEN: *Esta recensión propone la lectura del libro desde una doble perspectiva. La primera, orientada a definir la naturaleza de la Unión. La segunda, centrada en temas concretos que, sin embargo, ofrecen una visión sobre la construcción actual del Estado. Para completar la primera perspectiva, el libro recensionado trabaja como los conceptos opuestos de organización internacional y Estado federal, de manera que la Unión se distinguiría de una organización internacional, pero carecería de la potestad coactiva propia de un Estado. En relación a la segunda perspectiva, analiza temas capitales del derecho público—primacía, adhesión al Convenio, distribución de competencias, derecho de propiedad, y servicios de interés general—.*

KEY WORDS: *European Unión. International Organization. Federal State.*

PALABRAS CLAVE: *Unión Europea. Organización internacional. Estado federal.*

SOSA WAGNER, Francisco: *Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas*, Fundación Alfonso Martín Escudero - Marcial Pons, Madrid, 2009, 269 págs.

Esta obra del catedrático profesor Francisco Sosa se presenta a la vista con un formato sencillo y manejable. La cubierta es sobria y elegante, en ella una discreta línea discurre del color rojo al morado, signos cromáticos de la república española, a cuyo segundo intento se dedica este volumen, que a tenor de su subtítulo «1. Los iuspublicistas» parece indicar que va a tener ulteriores entregas.

La sencilla apariencia de este libro guarda y esconde, sin embargo, un elaborado y minucioso trabajo, fruto, nos atrevemos a decir, de muchos años de estudio serio y serenamente apasionado. Esta obra sólo pudo hacerse contando con «unos conocimientos y una experiencia profesional que hubiera sido inútil buscar en jóvenes recién ingresados en el cuerpo de catedráticos», parafraseando al propio autor cuando se refiere a José María Pi y Sunyer, uno de los huéspedes de su libro.

El profesor Sosa señala la intención y delimita el objeto de su estudio en la introducción y en el epílogo: «dedicar la atención a la vida y a la obra de los juristas más significativos que ocuparon las cátedras de Derecho político y administrativo entre el comienzo del siglo XX y los años cincuenta, y vivieron la caída de la monarquía, el cambio de régimen político y la guerra civil. Hombres que trataron de interpretar el mundo en el que

vivían con las armas de su formación, de sus lecturas y de sus experiencias.».

Esta atención dedicada se convierte en un homenaje a los profesores estudiados, pues homenaje es recuperar el fruto de sus esfuerzos. Y mientras se les homenajea, se va descubriendo que muchas de sus reflexiones son de tal vigencia y actualidad que nos pueden ayudar a hacer luz en los caminos del presente.

Este estudio no solo es respetuoso con los juristas analizados, sino que se podría decir que es afectuoso. Postura esta, generosa y amable, que es de agradecer en tiempos tan ásperos como los que nos ha tocado vivir. De cada uno de los autores se realza lo positivo y cuando se ha de ser crítico se utiliza una fina ironía que provoca la sonrisa del lector. Así sucede al referirse a un discurso de apertura de curso académico cuando se dice «Si ya de por sí la vida era dura en el Madrid de los años cuarenta, abrir el curso de esta forma pienso que no contribuiría a hacerla más amena» y también cuando se concluye el estudio de un autor de esta manera «es el esfuerzo y el trabajo apurado y pesado, el apto para que caigan en él toneladas de olvido».

La obra se divide en dos partes: «El contexto» y «Los autores y sus textos».

En «El contexto» se presenta una visión panorámica de la Segunda República española «realidad nada bucólica ni de-

mocrática —como desde la simpleza bobalicona se nos quiere presentar— sino herida por una violencia siempre renovada, y partida por enfrentamientos agrios y atávicos».

La Segunda República española «partió de la intención de modernizar España, su Administración, su ejército, su Iglesia, su escuela, su economía, sus regiones y crear un “hombre nuevo”, el hombre republicano, libre de prejuicios religiosos y culturales, de intenciones rectas al servicio de un ideal de convivencia honrada».

El contexto también fue el repertorio jurídico público que el autor desgrana en ocho puntos de ingeniosos títulos.

Lo primero que abordó el Gobierno, antes que la Constitución y las elecciones, fue la reforma militar y la disciplina del orden público

La reforma militar, obra de Azaña, constituyó un avance para la modernización de las Fuerzas Armadas y fue respetada por los sucesivos gobiernos republicanos, incluidos los radical-cedistas, hasta la guerra civil. Pero la reforma también creó resentimientos, convertidos en el caldo de cultivo de un progresivo distanciamiento entre el Ejército y la República que acabaría siendo letal para ésta.

Después se señala y desarrolla lo que fue la preocupación más acuciante de todos los gobernantes republicanos: el mantenimiento del orden público. La República, no conoció prácticamente ninguna época de tranquilidad callejera, siendo la guerra civil en la que desemboca su expresión más extrema y concluyente. Frente a las actuales visiones idílicas de la segunda república española, el autor nos detalla el violento panorama de la época: manifestaciones de los trabajadores del campo, quema de conventos, conflictos anarquistas, bombas, enfrentamientos en los mítines, huelgas, incidentes trágicos como el de Casas Viejas, el levantamiento del general Sanjurjo... a lo anterior hay que añadir que no

hubo en rigor formación política que no contribuyera con su granito de arena a alterar el normal funcionamiento de una República, reaccionaria para unos, revolucionaria para otros, desnutrida para casi todos.

El Gobierno trató de dotarse, en fechas muy tempranas, de los instrumentos jurídicos necesarios para mantener el orden público. El autor cita a Fernández Segado y a Manuel Ballbé, autores ambos, de una cumplida explicación de la rudeza con la que la República actuó en relación con el ejercicio de los derechos y libertades individuales. Las limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales fueron desde el principio clamorosas, así sucedió con el derecho de reunión y la libertad de prensa. La censura se convirtió en algo tan normal que personajes como Unamuno y Royo Villanova pidieron que se volviera a la legislación monárquica para garantizar la libertad de prensa. La intervención del Ejército fue constante para enfrentarse a los problemas de orden público.

La respuesta legal al desorden fue La Ley de la Defensa de la República de 29 de octubre 1931, sustituida en 1933 por la Ley de Orden público en 1933. Lo más relevante no fue la existencia de esta legislación, ya grave, sino su uso: continuo desde su promulgación, de manera que lo rigurosamente excepcional fue la vigencia de la normalidad constitucional. Siguiendo a Ballbé, se califica al gobierno republicano de excepcional al contar con normas indeterminadas y abstractas que comportan un grado de inseguridad e intimidación general y por la ausencia de garantías para el ejercicio de los derechos ciudadanos. Royo Vilanova encuentra situaciones jurídicas que aumentan las facultades del poder público y entrega a la arbitrariedad gubernativa la libertad de los ciudadanos.

Se analiza el trato que recibió la prensa. La República no contó con una propia ley de Prensa, se volvió a la Ley de 1883,

pero el régimen jurídico de la prensa y el ejercicio de la libertad a ella ligado estuvieron condicionados por la legislación de orden público. Cuando se aprobó la ley de Defensa de la República, la situación no cambió, antes al contrario, se agravaron las limitaciones.

Las elecciones llenaron el Congreso de los Diputados de una nueva clase política, en la que abogados y docentes formaron una mayoría abrumadora. La Cortes constituyentes abordaron la tarea de redactar una Constitución, creando en su seno una comisión parlamentaria presidida por Luis Jiménez de Asúa que elaboró un borrador. La Constitución fruto de estos trabajos es contemplada por el autor, describiendo los derechos y deberes de los españoles, las Cortes, esta vez unicamerales, el presidente de la república, cuyo poder relevante situó al régimen a medio camino entre el parlamentario y el presidencialista, y el Gobierno, con una referencia final al número y filiación política de los ministros republicanos. Concluye este punto con la reforma constitucional que se proyectó durante el bienio radical-cedista.

Respecto de la Justicia se llama la atención sobre las constantes intromisiones de todos los gobiernos republicanos en la carrera judicial.

Territorialmente España se encarnó en Estado integral, fórmula que recibió la sanción y fue acuñada para el nuevo lenguaje político. Implicaba que el Estado disponía de un territorio «irreducible», lo que descartaba cualquier fórmula emparentada con ese derecho de autodeterminación que circulaba por Europa desde el final de la Primera Guerra Mundial. La región autónoma se constituía cuando una o varias provincias limítrofes acordaran formar un «núcleo político-administrativo», con Gobierno y Parlamento propios, regido por un Estatuto que debía ser propuesto por una mayoría de los Ayuntamientos y respaldado en referéndum por los ciudadanos afectados por

este proceso regionalizador. El reparto de competencias entre el Estado y la Región centró lo más acalorado de los debates.

En cuanto a las relaciones Iglesia-Estado, el artículo 26 de la Constitución fue ocasión para una grandísima batalla, sobre las asociaciones religiosas y la disolución de ciertas órdenes religiosas. El artículo 3 había consignado que «el Estado español no tiene religión oficial». Y después los artículos 26 y 27 se encargaron de delimitar los derechos religiosos de los españoles y las competencias a tal efecto del poder público.

Respecto a la administración municipal, la República dejó superviviente el Estatuto municipal de la Dictadura, obra de Calvo Sotelo, enemigo apasionado de la república, pero no mostró especial interés por las instituciones locales, probablemente porque la administración local había dejado de tener la pesada carga política que había tenido en el pasado.

Los empleados públicos fue una materia de la que se ocupó poco la Segunda República. El marco normativo permaneció en los términos fijados por la monarquía. Asunto distinto fue la intención de abordar el problema en toda su extensión y también el uso realizado por los distintos gobiernos republicanos a la hora de «enchufar», premiar, remover, cesar, etcétera, a los funcionarios en atención a criterios impuestos por la pasión política partidaria y aún las banderías dentro de los partidos. Se hicieron esfuerzos para aprobar una ley de incompatibilidades que evitara la acumulación de sueldos de algunos funcionarios y separar las funciones de representación de las de ejecución o gestión de intereses públicos.

La segunda parte del libro se dedica a los autores y sus textos. Tres de los autores ocupan la mitad de sus páginas. Son estos Adolfo G. Posada, Antonio Royo Villanova y Nicolás Pérez Serrano.

Adolfo González-Posada. Se presenta a este ovetense, nacido en 1860, como un hombre trabajador, estudioso, com-

prometido con sus semejantes y, en frase feliz del autor, con un «talento que sólo la buena intención sabe fecundar».

Doctrinalmente Don Adolfo bebió en las fuentes del krausismo y de la Institución Libre de Enseñanza, lo cual le configuró ideológicamente y le comprometió en la búsqueda de la armonía social, en el liberalismo político, en la fe en la naciente pedagogía, en la valoración de la formación y educación del hombre.

Se contempla al Profesor Posada en sus facetas de universitario, hombre de la administración, pensador y político.

Su carrera universitaria comenzó en 1883 cuando ganó la cátedra de Derecho político y administrativo de «su» Universidad de Oviedo. Al año siguiente publicó «Principios de Derecho Político». En el alma mater ovetense fundaría en 1895 la Escuela Práctica de Estudios Jurídicos y Sociales, fruto de las experiencias educativas que conoció en sus viajes a Europa con Giner de los Ríos, y, la Revista de Derecho y Sociología. En 1898 creó la Extensión Universitaria de Oviedo, una experiencia que influye hasta nuestros días, de suerte que no hay hoy universidad en España que no cuente con su vicerrectorado de extensión universitaria, a la imagen de aquél creado hace tantos años por Posada y sus amigos del claustro ovetense. El lector no puede perderse, máxime si es universitario, la referencia a la Lección inaugural del curso académico 1884-1885 pronunciada sobre «la enseñanza del Derecho». En la última etapa de su vida universitaria, Don Adolfo ocuparía la cátedra de Derecho municipal comparado en la Universidad central, expresamente creada para él en los cursos de doctorado, y en 1922 pasaría a desempeñar la cátedra en la que se jubilaría, la de Derecho político, precisamente como sucesor de don Vicente Santamaría de Paredes.

Su trayectoria como hombre de la administración arrancó en 1904 cuando se trasladó a Madrid al Instituto de Refor-

mas Sociales donde trabajará incansablemente, siendo el artífice de toda la legislación social que se aprueba en la época. Don Adolfo es un estudioso, el profesor Sosa emplea una bella imagen poética para definir su dedicación al estudio «De su familia de joyeros heredó el gusto por el trabajo preciso y precioso. El no engastaba ni en oro ni en plata, él engastaba sus ansias de libertad en el lino de sus estudios y de sus inquietudes». Posada es el inventor del Derecho español del trabajo. Contribuyó a dar luz unas conquistas sociales que eran entonces bandera del incipiente movimiento sindical y de los socialistas. En 1907 pasó a formar parte de la Junta para el Fomento de la Educación Nacional. En 1935 fue nombrado presidente del Instituto Nacional de Previsión.

Posada fue un hombre de estudio, investigó un tema pionero en su época, el de las grandes ciudades y el del urbanismo, siendo su trabajo un antecedente valiosísimo de lo que, andando el tiempo, serían los estudios sobre áreas, espacios metropolitanos y Derecho urbanístico. Fue además, el gran especialista en el régimen local español. Estudió su historia, la bien vareada del siglo XIX, y después las experiencias extranjeras, especialmente la inglesa, que a la sazón nadie conocía en España. Participó en los proyectos de reforma de la vida local española, siendo Maura quien le hizo el encargo más preciso. Su curiosidad por las publicaciones de los colegas extranjeros le llevó a hacer muchas recensiones.

Como político, Don Adolfo fue senador del Partido Reformista, fundado por su antiguo alumno de Oviedo, Melquíades Álvarez y colaboró en la redacción del proyecto de Constitución. Pero pronto se vio desbordado por ideas y planteamientos que ya no eran los suyos: Con una humildad que sorprende y le honra escribió lo siguiente en sus Memorias inéditas citadas por Laporta: «por lo que a mí se refiere casi desde el primer momento

me sentí superado. Todo mi constitucionalismo me iba a servir para muy poco: era un constitucionalismo en estado agónico.

Fue crítico con el gobierno provisional. «La triste y amarga experiencia de aquellas elecciones —se refiere a las Cortes constituyentes— y la adquirida en la Comisión jurídica asesora renovaron en mí viejas repugnancias en forma tal que a los pocos meses de República renuncié en absoluto a toda intervención en la política de partido». A pesar de ello, Alcalá Zamora le llamó varias veces a consulta con motivo de las sucesivas crisis ministeriales e incluso le encargó formar gobierno en 1933.

El autor se ocupa de algunas de las preocupaciones de Posada acerca del Estado, del parlamentarismo y de una de sus criaturas más preciadas, la Administración local. Cientos, miles de páginas dedicó Posada a explicar su idea del Estado. Éste aparece cuando el ser racional de una forma libre crea los medios para atender sus necesidades vitales y las de sus vecinos o demás personas con las que traba contacto o se relaciona.

Cuando la nación se traduce al Derecho estamos ante el Estado. El Estado de Posada es un Estado de Derecho. Liberal por añadidura. Estado de Derecho que él explica merced al racional supuesto de que el Estado es capaz de ordenar su vida, de autodeterminarse, de autolimitarse, de autoobligarse. Desdeña los mecanismos ideados para ejercer el control sobre el poder y subraya las exigencias éticas que coinciden con los ideales políticos del liberalismo, especialmente por lo que se refiere a la defensa de las libertades y derechos fundamentales, la igualdad ante la ley y el respeto a la propiedad privada. Se recogen así y se armonizan en una síntesis superior estas nociones esenciales: a) la de la libertad b) la de la interdependencia ente los hombres, interdependencia que a la larga genera la noción de deber y de la norma

para hacer efectivo ese deber que es como dar satisfacción al Derecho y c) la noción de fin que ha reejercer su acción atractiva sobre la conciencia del hombre en la medida en que su formación ética le permita estimar y valorar el fin. Estado, pues de la libertad y Estado de la solidaridad social. Nos hemos de preguntar por qué obligan las normas, normas que no son física sino ética. Pues bien, el individuo obedece cuando comprende que las normas obligan en cuanto se conforman con las exigencias racionales de la vida social humana, en cuanto espiritualizando así la antigua fuerza, transfiere a la colectividad, organizada como cuerpo místico, y a virtud de un efluvio misterioso, pero real, la sede misma de la potestad de mandar y el título con que hacerse obedecer, en último término, en cuanto nos compenetrarnos con el Derecho, no entendido como pura técnica, sino como elemento espiritual que no puede dissociarse de la religión ni de la ética y que ha de marchar en estrecha unión con ellas y sus imperativos. Para encontrar la idea pura del Estado hay que disponer de unos elementos previos, la primacía de lo espiritual, la supremacía del hombre interior, la sustantividad de aquellos ordenamientos normativos a los que llamamos religión, ética, Derecho o política, en suma síntesis de valores espirituales en la persona, base sin la cual no es posible la idea pura del Estado, porque ella presupone la victoria del hombre (espíritu) sobre la Naturaleza y la victoria del hombre sobre sí mismo. La idea pura del Estado no encuentra su fundamento en el homo homini lupus, bestia irredimible, sino en el hombre persona «un ser de recta conciencia, noblemente intencionada».

El Estado tiene una base física pero también tiene un elemento humano y, en tal sentido, le preocupa mucho la población centrándose su análisis en los movimientos migratorios y su influencia en el cambio social, lo que conduce su mirada

hacia el mundo municipal, a la creación de grandes ciudades y metrópolis. La población se convierte en pueblo y lo propio de la relación entre pueblo y Estado es su correspondencia basada en la unidad, unidad que acoja en su seno la pluralidad y complejidad de la sociedad, por eso se ofrecen las soluciones del régimen de autonomía local, self-government local o las varias formas y matices de la descentralización.

Posada se separa del clásico esquema de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, pues prefiere hablar de distribución de funciones, supuesto el hecho de que la complejidad creciente de la vida política ha venido a arruinar la tradicional comprensión liberal de la división de los poderes explicada desde Montesquieu. Propone una transformación de los métodos de elaboración legislativa rindiendo un prudente culto a la ciencia, tanto en la preparación de las tareas del Estado como en su realización con la vista puesta en la eficacia de la acción del gobierno. El Senado lo concibe como un asiento donde tome cuerpo la interna diferencia de las fuerzas y de los intereses que integran el Estado. Es decir de aquellas representaciones sociales o políticas, históricas o actuales, de clase, o núcleos o fuerzas, que se estiman, con acierto o no, más capacitadas o resistentes, para atraerlas a una colaboración en la obra legislativa y de gobierno.

Otro foco de la atención de Posada será la vida social. Seducido como sus maestros institucionalistas, por la idea del self-government, la convierte en un arma de lucha anticaciquil.

La gran ciudad fue su otro foco de interés primero, en cuanto a la gran ciudad plantea necesariamente problemas propios de gobierno, esencialmente políticos; segundo, en cuanto que la tendencia de la población a la vida de la gran ciudad y la creciente importancia de ésta han contribuido a acentuar el carácter democrático de los Estados. Posada es autor

de un magnífico libro sobre la Evolución legislativa del régimen local en España, 1812-1909, donde además hace referencia a proyectos legislativos en algunos de los cuales él mismo trabajó. Merece la pena transcribir un escrito del propio Posada, donde nos revela su amor por el trabajo riguroso y minucioso, y una vez más su gran humildad: *qué veranito el de 1912 gozado en el despacho de mi querida y acogedora casa de Salinas! Lee que te lee los textos de ley anteriores y las discusiones senatoriales, y escribe que te escribe papeletas, y redacta que te redacta bases y más bases, un esfuerzo que mereció la pena porque aprendí de veras el régimen municipal.*

En 1932 publicó en una prestigiosa colección francesa el libro «La nouvelle Constitution espagnole», con prólogo de Barthélemy y Mirkine-Guetzévich. En él los prologuistas subrayan que Posada se adscribió siempre a la idea de la libertad en el Derecho constitucional y en el Derecho administrativo reclama la descentralización, que es asimismo una libertad, pero combinada con el orden; el orden sin la libertad es el despotismo; la libertad sin orden es la anarquía. Posada, liberal conservador, se da cuenta de los desafíos que hicieron acto de presencia el 14 de abril de 1931. A su juicio no hay nada en la Constitución que indique la aspiración a transformar el Estado español, tradicionalmente unitario, estableciendo un régimen federativo sobre la base de la existencia previa de Estados miembros que convienen o conciertan una Federación con su Estado. La República del 14 de abril —sin pronunciamiento ni autoridad militar— supone la victoria sobre tales obstáculos y la tentativa más franca que se ha producido en España para instaurar un régimen constitucional. Pero no pueden olvidarse las circunstancias en que el nuevo régimen ha nacido. Viene cuando la institución misma del Estado está en crisis en los pueblos libres y el Derecho político ex-

perimenta profundas y delicadas transformaciones, obra del cambio radical con la llegada del proletariado y la fascinación fascista y soviética.

Con la Dictadura y después con la República llegaría el derrumbamiento psicológico de Don Adolfo, que se agravaría aún más con el estallido de la guerra civil: «nuestra generación ha fracasado» diría desesperanzado. España se ha roto y los hombres de su tiempo no han sabido evitarlo. «todo lo que sucede en España es consecuencia de la lucha de clases. La sociedad española ya no está integrada, carece de armonía porque las clases la han despedazado. En el verano de 1944, el 8 de julio, murió en medio de un ominoso silencio. Emocionante es el elogio que se le dedicó desde Argentina «se le recuerda porque amaba la paz, tenía fe en la escuela, creía en la democracia y en la ley».

El catedrático de Derecho político y administrativo, Antonio Royo Vilanova es presentado como «El compromiso político perseverante». Antonio Royo Vilanova nació en Zaragoza el 12 de junio de 1869. En 1895 ya era catedrático de Derecho político y administrativo de la Universidad de Valladolid, optando por la segunda disciplina en 1900, cuando ambas cátedras emprendieron caminos académicos separados.

El profesor Sosa Wagner destaca en su exposición sobre sobre Royo Vilanova su tesis sobre la descentralización, su valoración de la Constitución republicana de 1931 y sus reflexiones sobre el nacionalismo.

Lo que el profesor Royo llamó «nueva descentralización» se desarrolla en lo que fue el discurso inaugural del curso 1914-1915 de la Universidad de Valladolid. En él defendió que la descentralización en el mundo moderno es la descentralización por servicios que busca relajar su dependencia respecto del poder central, constituyéndolos con personalidad propia y con cierta autonomía de gestión: todo

ello en interés general y como mayor garantía para la eficacia del servicio mismo. El Estado no puede permitirse el lujo de confiar en la libertad de los individuos y en la espontaneidad social porque esta disposición de indiferencia es incompatible con el concepto esencial del Estado moderno como órgano de la solidaridad social. Los elementos indispensables para la descentralización moderna son el técnico de la capacidad, el social de la representación de los intereses y el moral de la vocación. La descentralización por servicios es al modo de ver de Royo Vilanova, incompatible con la descentralización regional, puesto que se trata de optar, de elegir entre dos formas de descentralización, la vieja y la nueva; la vieja, la tradicional que cree que la libertad de los pueblos consiste en debilitar la acción del Estado; la nueva, que considerando un imperativo de la época moderna el aumento de las atribuciones del Estado, trata de hacer compatible el progreso creciente de la solidaridad social con la eficacia de los servicios públicos que al Estado le impone el cumplimiento de sus altos deberes como representante soberano de los intereses colectivos. Por eso los regionalistas piden ahora las delegaciones (que eran lo que hoy llamamos los «traspasos») para justificar con ellas el nuevo organismo y ponerse en condiciones de lograr su ideal, que es alterar sustancialmente la constitución política de España, convirtiéndola en un Estado federal, pero no en una federación de regiones —como Suiza o Estados Unidos, defendida por Pi y Margall, sino en un federación de nacionalidades. Siendo Cataluña, dicen, una nación y teniendo derecho cada nacionalidad a formar un Estado, la única forma política que puede aceptar Cataluña para seguir unida a Castilla es la federación de nacionalidades ibéricas.

A la Constitución le dedicó un libro que se publicó en 1934, titulado *La Constitución española de 9 de diciembre de*

*1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, un texto donde se advierte que quien escribe es un jurista, pero también un diputado que no oculta su decepción por los resultados alcanzados. Confiesa paladinamente el carácter unitario de la República española y el sentido antifederal que predominó en las Cortes constituyentes. Cuando se discute el artículo 15, que contiene una parte del reparto de competencias entre el Estado y las regiones, clama contra la forma en que se redacta por lo que supone de cesión a las apetencias nacionalistas catalanas, cuyos portavoces no se dan nunca por vencidos porque saben lo que quieren, como un personaje de *La Malquerida*, obra teatral de Jacinto Benavente «es mando, mucho mando». En relación con la naturaleza jurídica del Estado que encarna la República repitió en muchas ocasiones «el Estado no es ni unitario ni federal. Contiene una curiosa reflexión sobre las facultades de los diputados de las regiones autónomas que representan antiguas provincias a quienes se les ha concedido un privilegio legislativo, pues considera que no pueden tener facultades sobre las mismas materias en su regiones y además en el Parlamento de Madrid. Si Cataluña tiene facultad legislativa para modificar su Derecho Civil, lo cual significa que el Parlamento español no puede entrometerse en esa importante esfera del Derecho privado, es absurdo que los diputados catalanes puedan intervenir en la discusión de las leyes que modifican un régimen civil que a ellos no les afecta. Para él, la república ideal es la parlamentaria; «lo esencial en el mundo es la libertad y la democracia y lo esencial en la política es el Parlamento. Le gustó muy poco la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales. A su juicio esto de la inconstitucionalidad de la ley no ha existido nunca en España y aquí lo verdaderamente liberal, lo democrático, es que un juez cualquiera es dueño y soberano para establecer la relación entre

una Constitución y la ley, porque se trata simplemente de una cuestión de técnica jurídica y los jueces están acostumbrados a resolver esos problemas.

Por último se señala como el esfuerzo intelectual más curioso de Royo Vilanova el de la traducción del libro de Prat de la Riba «La nacionalidad catalana» a la que incorporó un prólogo sustancioso. En él el profesor Royo insiste en que el regionalismo federal es el menos temible, porque es el que más claramente afirma la unidad de la patria; por eso hay federales no sólo en las regiones de dialecto, sino en toda España, lo mismo en Castilla la Vieja que en el propio Madrid. Admira la obra de Pi y Margall y pondera su pensamiento, pues el federalismo es una cosa amplia, progresiva, mientras que el nacionalismo es cosa reaccionaria, regresiva.

Luis Jiménez de Asúa, madrileño nacido en la calle Hortaleza, en 1889, aunque penalista tuvo un gran protagonismo en el período constituyente de la República y fue autor de obras relevantes destinadas a reflexionar sobre la Constitución republicana. Su formación fue fundamentalmente alemana y políticamente figuró casi siempre en el ala moderada del socialismo. En su condición de diputado constituyente presidió la comisión parlamentaria encargada de elaborar la Constitución. En su condición de jurista reflexionó sobre la Constitución republicana y publicó al respecto unos cuantos libros, reconociendo en ellos «por mi falta de especialización en la materia» la deuda de gratitud con el magisterio de Adolfo Posada y Nicolás Pérez Serrano.

Entre sus libros, destacan: *Proceso histórico de la Constitución de la república española (1932)*, *La constitución de la democracia española (1942)* y *La constitución de la democracia española y el problema regional*.

En su famoso discurso de presentación a la Cámara del propio texto constitucional pone de realce la urgencia con

que ha sido ultimado el trabajo constitucional, inusual en los empeños de este tipo que ofrece el Derecho comparado, califica a la Constitución de popular y, en cuanto a la organización nacional señala que se ha apostado por el Estado integral, descartándose el Estado federal porque se han federado aquellos Estados que vivieron dispersos y quisieron reunirse en colectividad.

En la obra en la que se dedicó a estudiar «el problema regional», escrita ya en el exilio, el profesor Jiménez de Asúa confesó abiertamente que «perteneía al grupo de políticos que por nuestro ideario hubiéramos deseado no encontrarnos en el camino con el gran problema de las regiones». Alerta sobre los peligros de ir algún día en España hacia una estructura federal, pues en ella no se lograría una mayor prosperidad de las regiones, sino que éstas cultivarían pequeños intereses, enemigos de un alto ideal de la nación y fomentados por hombres mediocres, pues es más fácil destacar en medios de cultura paupérrima que luchar en las grandes capitales con hombres de gran talla.

Con el elogioso título «*El buen aire con la pluma*» aparece D. Nicolás Pérez Serrano en esta galería de profesores. Nicolás Pérez Serrano (1890-1961), ceutí de nacimiento, murió en Madrid. Estudió en la Universidad de Granada Filosofía y Letras y Derecho. A los veintiún años era ya oficial letrado del Congreso de los Diputados y en 1932 obtuvo la cátedra de Derecho Político en la Complutense de Madrid, sucediendo así a su maestro, Adolfo Posada.

El autor nos presenta al profesor Pérez Serrano como un humanista de visión amplia y generosa, comprometido con la realidad, estudioso y de una honorabilidad sin tacha.

Su amplitud de miras se refleja en su obra *El concepto clásico de soberanía y su revisión actual* del año 1933. En ella Pérez Serrano se presenta como un interna-

cionalista: «Es claro que si los movimientos nacionalistas son regresivos, todo internacionalismo es generoso, aunque a veces peque de ingenuo. La aspiración a una unidad política menos angosta que las actuales ha de mirarse con simpatía, como anuncio de un tiempo mejor en que coincidan la idea y el concepto del Estado, y en que, depuradas de bastardas aleaciones, la conciencia jurídica se pueda sentir universal. Todo ello es un desideratum pues estamos lejos, por desgracia, del día en que los egoísmos nacionalistas desaparezcan ante la soberanía una y plena de la comunidad internacional organizada».

Don Nicolás fue un universitario comprometido con la realidad y el tiempo que le tocó vivir. Para él, el jurista público no puede vivir aislado del material político que le rodea so pena de volver las espaldas a la realidad y moverse en la región serena, pero ineficaz de las puras nebulosas o, más bien, fantasmagóricas. El jurista de Derecho público se ve obligado a hacer examen de conciencia, somete a revisión dogmas y conceptos, y exige algo así como una renovación a institutos y teorías. El derecho público vive en conexión íntima con el mundo de la política y ni el hombre público ni el jurista pueden perder de vista esta afirmación, por eso el derecho público es eminentemente pragmático: sus verdades valen en cuanto puedan reportar alguna utilidad, sus construcciones están siempre dirigidas a un fin y presididas por el signo de la conveniencia que proporcionan.

Como su maestro Posada, Pérez Serrano tuvo una gran curiosidad intelectual que llevó a hacer numerosas recensiones —extremo este que reconforta al humilde autor de estas líneas— y a interesarse por el constitucionalismo extranjero. En 1933 tradujo «Concepto, desarrollo y función de la ciencia política» de Hermann Séller. sobre Constituciones extranjeras destacan sus trabajos «Tres lecciones sobre la Ley

Fundamental de Bonn (1951) y el dedicado a la Constitución francesa de 1958. Es el primer iuspublicista español que se entera del mundo alemán.

Se distingue en la obra de Pérez Serrano la etapa republicana. De esa época es su libro *La Constitución española (1932)*. Conviene conocer el resumen que hace de los debates en los asuntos más importantes. Respecto del debate entre unitarismo y federación. Como resumen cabe decir que subsiste, aunque sin definirla, la nación española, que se va hacia un autonomismo federalista. En ningún caso se admitiría la federación de regiones autónomas. El concepto de Estado integral republicano es oscuro como oscura es la inspiración a que responde, aunque se trata de un expediente hábil para no pronunciarse ni en pro del criterio unitario ni a favor de una solución federalista. En su *Tratado de Derecho político*, cuando examina la Segunda República su juicio no puede ser más duro.

En ese mismo año de 1933 pronunció una conferencia en el Centro de Intercambio Intelectual Germano-Español sobre «Función presidencial y poder moderador», donde mantiene ideas claras en torno a un asunto que se discutió mucho en la Segunda República por la forma ambigua en que la Constitución está redactada y por la personalidad de quien fue su más duradero presidente.

Respecto de la disolución del Parlamento dice que para que este instrumento sirva en la designación del nuevo gobierno hace falta lo que Inglaterra nos muestra: una ciudadanía alerta y comprensiva, incompatible con cualesquiera recursos o resortes de poder, preocupada sinceramente de la cosa pública, capaz de imponer su voluntad de un modo inapelable.

El resto de sus publicaciones mayores son ya posteriores a la guerra civil. Conviene repasarlas para dar una idea cabal del personaje, pues estamos ante un autor ya claramente moderno de la teoría

constitucional. Consciente de que era imposible escribir nada serio de las instituciones políticas puestas en pie por el general Franco, se refugia en trabajos generales en los que deja constancia de su afinado pensamiento y de sus buenos decires, infrecuentes en su medio.

Estaba sanamente obsesionado por un buen estilo literario. En su conferencia «El estilo de las leyes» pronunciada en 1947 dice que en la ley debe anidar el valor Justicia, pero el estilo debe ser galano, es decir claro y preciso en las formulaciones. Nada tan horrible como el estilo pedregoso o la sintaxis descoyuntada y torturante de tantos y tantos escritos forenses o fallos judiciales o textos legislativos. La ley redactada en noble tono, con frase pulida y palabra tersa, será estudiada, entendida y aplicada con mayor facilidad que una ley de términos grises y borrosos y de expresión balbuciente y atormentada. El ropaje decoroso y grato es esencial en la ley. Quiso contribuir a evitar que el arte de legislar se convirtiera en una ciencia oculta y a deseñar que el legislador además de inteligente fuera persona de cierto buen gusto literario. El precepto jurídico debe estar esculpido con la menor cantidad posible de vocablos, sin adjetivos superfluos ni adverbios perturbadores.

Tiene dos trabajos de esbozos biográficos: sobre Bravo Murillo de 1952, dedicado a su intento de reforma constitucional y sobre el juez Marshall de 1955, en la que podemos leer esta reflexión cargada de ética: «Hay dos formas de hacer política, la grande y generosa que inspira soluciones dictadas por el bien del país y la menuda y mezquina que solo cuida de complacer al poder o a quienes transitoriamente lo encarnan».

El curso 1950-1951 se inaugura en la Universidad de Madrid con un discurso de este querido profesor titulado «La evolución de las declaraciones de derechos», en él volvemos a encontrar al intelectual con visión de futuro. «Lo más importante

es que las viejas afirmaciones, un poco vacuas, hoy se convierten en garantías, tránsito de una concepción candorosa a una regulación cauta y previsoras. Aportan una novedad fundamental: su perfil jurídico. Se penetra así en el mundo de los derechos públicos subjetivos amparados por garantías jurisdiccionales perfectamente precisas. De otro lado es la nueva tendencia a aspiración a conferir carácter internacional a las Declaraciones de derechos. Se busca su consagración en un texto internacional superior a los poderes constituyentes de cada Estado y más eficaz».

Interesa destacar varias de sus ideas sobre el constitucionalismo:

«Sin publicidad no hay régimen político, pues, si falta, no hay genuina representación ni hay realmente pueblo».

«Desde la perspectiva jurídico-constitucional, estamos en la hora del post-constitucionalismo. El clásico constitucionalismo se resquebraja. Hace un siglo vivía Europa en pleno movimiento constitucionalista pero a mediados del siglo XIX el mito ha ido perdiendo vigor: las libertades conquistadas se enmohecen ante el doble embate de las demasías gubernamentales y la corrosiva apatía ciudadana; el sufragio, tan afanosamente reivindicado, hastía y se adormece en un clima de abstención electoral; el Parlamento, personificación de la soberanía nacional, entra en un sopor profundo que no le permite legislar con pericia, fiscalizar correctamente, ni administrar a la postre los caudales públicos; la proliferación morbosa de partidos y facciones esteriliza toda posible acción de gobierno; el abuso de huelgas y movimientos sediciosos pone en cuestión el principio de autoridad y hace que la libertad degenera en opresora tiranía por parte de masas o sindicatos».

Propone como modelo el británico, pues convencidos todos de que el sufragio, pulcramente dosificado, resulta imprescindible, la vieja superstición desa-

parece y muchos, aun sin decirlo, vuelven los ojos a la retrógrada Inglaterra, con sus elecciones espaciadas, sus distritos unipersonales, con toda su organización rudimentaria, arcaica, pero eficiente.

Finalmente se destaca la labor del profesor Pérez Serrano como animador intelectual y, en tal sentido, a su gran criatura: la Revista de Derecho Público. Esta Revista vivió desde enero de 1932 hasta 1936 y en ella se advierte el gran interés de don Nicolás por captar lo que estaba ocurriendo fuera de nuestras fronteras, pues son muchos los libros y revistas que se reseñan y los trabajos que abordan la situación de los Derechos alemán, italiano, etcétera, por aquéllos años, son resúmenes aceptables firmados por jóvenes colaboradores.

Después de las extensas páginas dedicadas a Posada, Royo, Jiménez de Asúa, Villanova y Pérez Serrano, el autor hace referencia a varios profesores, no menos interesantes, de los que señala la noble virtud de practicar entre ellos el debate envuelto en el aroma magnífico de la conversación.

De esta guisa aparecen Recaredo Fernández de Velasco, cuyo *Resumen de derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración*, innova, modernizándola la forma de contar el Derecho Administrativo. De 1926 son *Las leyes inconstitucionales y la función judicial en la legislación española*, donde sostiene que no existe ley alguna en España que se oponga a que los jueces aprecien la constitucionalidad de las leyes, por lo que a nuestra judicatura le falta decisión para que sea la salvaguarda del régimen constitucional pues el deber de juzgar lleva anexa la de determinar la constitucionalidad de las leyes.

Enrique Martí Jara sale en este libro por su condición profesoral, pero sobre todo por la de haber sido muy amigo de Manuel Azaña. Su primera obra *El gobierno de la ciudad inglesa* sostiene la tesis de que las ciudades fueron el cam-

po abierto de la democracia, el refugio de las libertades, una situación que se reitera en diversos pasajes de la historia. Se le recuerda también como autor de una obra titulada *El rey y el pueblo*, en la que explica a su modo, la historia constitucional reciente: los textos posteriores a la guerra mundial suponen la victoria decisiva del pueblo contra el rey, mientras el régimen español es la exaltación de la Corona y el exterminio de los valores del pueblo. Entre sus preocupaciones figuró el régimen de libertades.

Joaquín García Labella, autor de *Noiones de Derecho Político y legislación administrativa*, publicada en 1935 y pensada para los opositores al cuerpo de Abogados del Estado. Tiene cierto interés por lo que tiene de síntesis de la doctrina de la época.

El Padre Güenechea, cuya obra *Ensayo de Derecho administrativo* es una magnífica enciclopedia que contiene buena parte del saber europeo de la época. Nadie entre nosotros ha estudiado con mayor atención los autores extranjeros.

El apartado VII de la Segunda parte de esta obra, se titula *El Tribunal de los catedráticos: las garantías constitucionales y su jurisprudencia de ocasión* y en ella encontramos unas reflexiones muy interesantes sobre este órgano.

La composición de este Tribunal fue muy heterogénea. El autor fija su atención en los vocales (magistrados) que procedían de las facultades, así como de aquellas personas que trabajaron a sus órdenes y que ostentaron también la condición de catedráticos. Así van apareciendo Ruiz del Castillo, traductor de «Los principios de derecho público y constitucional de Maurice Hauriou 1927», que publicó un Derecho político en 1934 y El Manual de Derecho político en 1939. Juan Salvador Minguíjón y Adrián, Miguel Traviesas, Francisco Beceña González, Teodoro González García, especialista en Derecho constitucional inglés, Emilio Gómez Orbaneja y Carlos Cid.

A continuación se resumen algunas de las cuestiones de fondo que fueron resueltas por el Tribunal. En materia de inconstitucionalidad de las leyes se pueden citar varios asuntos polémicos y de interés como la inmunidad parlamentaria. En materia de amparo se trató la libertad de industria, la libertad de expresión del pensamiento, el derecho de manifestación y los expedientes de indeseabilidad. De los dos conflictos de competencia; el promovido contra la Ley de Contratos de Cultivo: el tribunal decidió a favor de la competencia estatal y el gobierno de la Generalidad plantó cara al Tribunal y desobedeciendo a su autoridad presentó ante el Parlamento catalán otro texto idéntico que es aprobado. El otro conflicto se refería a la suspensión del Estatuto catalán. Otro asunto fue la querrela del presidente del Gobierno contra el presidente de la Generalidad y los consejeros por los sucesos del 6 de octubre de 1934, día en que proclamaron el *Estado Catalán* dentro de una *República Federal Española*. Los defensores, entre los que figuraba Jiménez de Asúa, presentaron un escrito de recusación contra algunos vocales, concretamente contra Carlos Ruiz del Castillo.

Curiosa la valoración que de este Tribunal haría, andando el tiempo, Emilio Gómez Orbaneja en el prólogo que escribió para el libro de Rosa Ruiz Lapeña sobre el Tribunal. La autora —dice el experto prologuista— demuestra que el Título IX de la Constitución —el de las garantías y reforma, como sabemos— «fue una descomunal improvisación». Orbaneja señala con un punto de melancolía que «la actuación de aquel órgano, pensado para reducir a cauces jurídicos las luchas políticas de los españoles terminó con el Gran Fracaso, con la derrota de la Buena Voluntad que, entre tanto error, alentaba en la institución. Pero lo peor del Tribunal fue su composición. Elegidos la mayoría de sus miembros por sufragio fomentado por la pasión política y una

pasión política que ya anunciaba el general fratricidio, sin exigirseles ninguna capacitación técnica y jurídica.

Alcalá Zamora, acerca de la jurisprudencia de amparo producida, es contundente: susceptible la materia de ir con ventaja a la jurisdicción ordinaria, no valdría la pena de conservar una institución que, prácticamente, apenas si ha servido para otra cosa que para alzar o condonar multas con evidente protección de la libertad ciudadana, muchas veces con debilitación indudable de los resortes de autoridad para el mantenimiento del orden público.

Un catalán en Friburgo: Eduardo L. Llorens y Clariana: ¿Hubo una doctrina catalana de Derecho Público?. *Es el título del apartado VIII. De la Segunda parte de este libro.*

Eduardo Luis Llórens y Clariana nació en Reus en 1886. Licenciado en Derecho por Barcelona y doctor en Madrid en 1907. En 1933 fue catedrático en la Facultad de Murcia, donde fundó el Instituto de Estudios Políticos. En su Libro *La autonomía en la integración política* de 1932 maneja la idea de la integración que exige conocer la eficacia que otorgaba a la comunidad de valores vividos y actualizados, porque sin ella no existe ningún modo de integración formal. Si alguna justificación tiene el Estado es precisamente como realización de tales valores, ya que no puede ser concebido como una suma de elementos disgregados, sino como una unidad que engloba valores sustanciales concretados en una determinada situación histórica. De ahí deriva la legitimidad del Estado, porque sin «integración» no hay Estado, siendo la Constitución el resultado formalizado de esa comunidad vertebrada. Mejor y más acabado es *La igualdad ante la ley* que se publica en Murcia en 1934. Se trata de un magnífico ensayo que guarda aún hoy cierta lozanía, es también un análisis de Derecho comparado que, por su precisión e información bibliográfica, no era

frecuente en la época. Lloréns es un catalán con poco arraigo en Cataluña.

A continuación el profesor Sosa formula la pregunta de si todo el despliegue político de reivindicación autonómica que culminó en el Estatuto generó una doctrina catalana jurídico-pública cuajada. Así como la reforma descentralizadora iniciada en el último tercio del siglo XX ha dado lugar a una literatura jurídica abundante y valiosa, la de los años treinta careció del cuidado por parte de los autores, fuera de casos precisos y aislados.

Ferran Valls y Taberner se empeñó en desvelar los orígenes y las fuentes del Estatuto. Jose María Pi y Sunyer merece atención especial por su fuerte personalidad. Nacido en San Nicolás de los Arroyos (Argentina) en 1889, fue nieto de un ministro de Ultramar con Pi y Margall en la Primera República. Ejerció la docencia en la Facultad de Derecho de Barcelona. Tras la guerra civil ganó la cátedra de Derecho administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela para pasar poco tiempo después a la de Barcelona. Porque contaba ya con cincuenta años llevaba en su cartera profesional unos conocimientos y una experiencia profesional que hubiera sido inútil buscar en jóvenes recién ingresados en el cuerpo de catedráticos. Cuando ya había cumplido los sesenta se casó y cuando contaba más de setenta acudía todos los veranos a un colegio inglés para perfeccionar el idioma. Es autor de una gran obra dispersa en forma de artículos de revistas y publicaciones ocasionales sobre asuntos muy variados.

*En el «El hilo que conduce al franquismo», el autor hace una exhaustiva lista de profesores: García Oviedo, Sabino Álvarez Gendín, Segismundo Royo Vilanova, hijo de D. Antonio, Jordana de Pozas, Arias de Velasco, Félix Montiel, José Valenzuela Soler, Francisco Javier Conde, Manuel Fraga, Sánchez Agesta, Carlos Ollero, Nicolás Ramiro, Enrique Tierno Galván y Manuel García Pelayo.*

En un epílogo, cargado de lirismo, que el autor titula «El fuego y las cenizas» se llega a la conclusión de la oportunidad de que se proyecten sobre la Segunda República unas vidas y unas singladuras que testimonian lo intrincado de aquella realidad nada bucólica ni democrática —como desde la simpleza bobalicona se nos quiere presentar— sino herida por una violencia siempre renovada, y partida por enfrentamientos agrios y atávicos. Demostrando lo ficticio de unas simplificaciones que propenden a formar bandos. La instauración de la Segunda República y el cambio constitucional supuso encender un fuego en el hogar del Derecho público español. Fuego del que quedan las suficientes brasas para afirmar que la historia del Derecho público español no se apaga nunca.

JUAN LUIS DE DIEGO ARIAS  
*Profesor Asociado de Derecho  
 Constitucional*  
 UNED

\* \* \*

ABSTRACT: *This book is focused on the life and work of the most significant jurists who occupied the professorship chairs of political and administrative law between the beginning of the 20th century and the fifties, and lived the fall of the monarchy, the change of political regime and the civil war. It also includes a panoramic vision of the Second Spanish Republic, a few interesting reflections on the court of constitutional rights and the exposition on the existence of a Catalan doctrine of public law.*

RESUMEN: *Este libro dedica su atención a la vida y a la obra de los juristas más significativos que ocuparon las cátedras de Derecho político y administrativo entre el comienzo del siglo XX y los años cincuenta, y vivieron la caída de la monarquía, el cambio de régimen político y la guerra civil. Contiene además una visión panorámica de la Segunda República española, unas interesantes reflexiones sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales y el planteamiento sobre la existencia de una doctrina catalana de Derecho Público.*

KEY WORDS: *Iuspublicists. Professors of constitutional, political and administrative law. The Second Spanish Republic. Court of constitutional rights.*

PALABRAS CLAVE: *Iuspublicistas. Catedráticos de Derecho Constitucional. Político y Administrativo. Segunda República Española. Tribunal de Garantías Constitucionales.*

FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Los partidos políticos en el pensamiento español. De la Ilustración a nuestros días*, Marcial Pons, Madrid, 2009, 382 págs.

En 1839 Francisco Campuzano afirmaba que «los partidos son una necesidad de los Gobiernos populares, a cuya clase pertenecen las Monarquías representativas. Pretender que no los haya, es un vano deseo por bueno que parezca y de contado preferible son a las cábalas y facciones [...] En España pueden ser hasta provechosos, porque nuestros males vienen de las personas que han ejercido una autoridad arbitraria acomodada a sus intereses particulares, y los partidos sosteniendo doctrinas generales se separan del interés individual y se acercan al bien de muchos»<sup>9</sup>. Esto mismo, aunque en términos más actuales, se refrenda en Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos que señala como, a pesar de no ser «órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución».

He aquí uno de los motivos de que la regulación normativo-constitucional de

los partidos políticos haya sido un argumento de atención prioritaria por parte de la doctrina. Una atención, que aumentó como consecuencia de la aprobación de dicha Ley Orgánica, que sustituyó a la preconstitucional Ley 54/1978, de Partidos Políticos. Por ello, no debe extrañar el elevadísimo número de títulos, ya sean artículos o monografías, que sobre la rica fenomenología de los partidos políticos se han publicado, en los últimos años, por la doctrina constitucionalista.

Ahora bien, en España, a diferencia de otros ejemplos de Derecho comparado, la mayoría de estas publicaciones se refieren a su regulación en el vigente Texto constitucional. Dicho en palabras de Ignacio Fernández Sarasola: «El margen de debate doctrinal acerca del concepto de partido político es ahora más bien escaso, debido a que su misma jurisdicción hace que sean los órganos del Estado (Gobierno, Cortes y Tribunal Constitucional) quienes definan la naturaleza y funciones de estas asociaciones. De ahí que la mayoría de las disquisiciones teóricas sobre los partidos acaben convirtiéndose en análisis de la legislación y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los partidos. La exégesis ha reemplazado a la prognosis. Se ha perdido, pues, profundidad de debate y espacio para la controversia, ganando,

9 CAMPUZANO, J. F., *Los partidos*, Madrid, 1839, págs. 10 y 11.

a cambio, esta certeza que es tan característica del mundo del Derecho» (pág. 330).

He aquí, en consecuencia, el principal «valor» académico (que no el único) de la obra que se comenta. Una monografía en la que Fernández Sarasola, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo e investigador incansable de nuestra historia constitucional<sup>10</sup>, estudia con rigor científico y una profundidad analítica encomiable un aspecto hasta ahora apenas tratado por la doctrina, como es el de

10 De entre sus monografías resaltamos, en primer lugar, la última de ellas (en prensa), investigación por la que obtuvo el V Premio Manuel Jiménez Abad, de título *Los primeros parlamentos modernos de España (1780-1823)*. También *La Constitución de Bayona*, Iustel, 2007; *Jovellanos. Gaspar Melchor de, Escritos políticos*, Ayuntamiento de Gijón, 2006; *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004 y *Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del Ejecutivo en España (1808-1823)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. Y por lo que se refiere a sus artículos, entre otros: «Conspiraciones constitucionales en España (1819-1834)», *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 10, 2009; «La forma de gobierno en la Constitución de Bayona», *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 9, 2008; «Sobre el objeto y el método de la historia constitucional española», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 21, 2008; «Historia e historiografía constitucionales en España: una nueva perspectiva», *Ayer*, núm. 68, 2007; «La primera Constitución española: el Estatuto de Bayona», *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 26, 2006; «Dirección política y función de gobierno en la historia constitucional», *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 4, 2003 y «La responsabilidad del gobierno en los orígenes del constitucionalismo español: el Estatuto de Bayona», *Revista de Derecho Político*, núm. 41, 1996.

las diferentes construcciones conceptuales de la idea de «partido (y/o asociación) política» en nuestra historia más reciente<sup>11</sup>. Continúa así con una línea de investigación consolidada como dan fe alguna de sus publicaciones anteriores. A saber: «La idea de partido en España: de la Ilustración a las Cortes de Cádiz (1783-1814)», en *Cuadernos de Estudio del siglo XVIII*, núms. 8 y 9 de 1998/1999; «Los partidos políticos en el pensamiento español (1783-1855)», en la *Revista Electrónica de Historia Constitucional: Historia constitucional*, núm. 1 de 2000; «Idea de partido y sistema de partidos en el constitucionalismo histórico español, en el número 7 de 2001 de la *Revista: Teoría y Realidad constitucional* o, por último: «La idea de partido político en la España del siglo XX», publicada en el núm. 26 de 2006, de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

No se trata, pues, de uno de los clásicos estudios sobre los avatares de la constitucionalización de los partidos po-

11 Los estudios sobre los partidos políticos en nuestra historia constitucional son escasos. A título meramente ejemplificativo, y sin pretender recopilar todo lo publicado al respecto: CHECA GODOY, A., *Prensa y partidos políticos durante la II República*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1989; PASCUAL, P., *Partidos políticos y constituciones de España*, Fragua, Madrid, 1986; ARTOLA, M., *Partidos y programas políticos, 1808-1936*, Alianza Editorial, Madrid, 1991; PORTERO MOLINA, J. A., «La constitucionalización de los partidos en la Historia constitucional española», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 1, 1978, págs. 251 a 282; JULÍA DÍAZ, S., «El sistema de partidos en la Segunda República», *Revista de historia contemporánea*, núm. 7, 1996, págs. 201 a 220; CUENCA TORIBIO, J. M., «En los orígenes de la España Contemporánea: 1836-1839. El nacimiento de los Partidos Políticos y de la idea de progreso», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003, págs. 7 a 31, etc.

líticos, ni de las vicisitudes del nacimiento de los partidos más influyentes en los siglos XIX y XX. Muy al contrario, su principal objeto de análisis es el que se anticipa en las primeras páginas: «De las diversas imágenes del partido trata este libro. No hallará el lector una historia de cómo se han formado los partidos políticos en España (...) La nuestra es una historia de *la idea de partido*, del concepto, de cómo se percibieron los partidos políticos en la conciencia de los actores de cada época, en un largo recorrido que abarca desde sus primeras referencias —durante la Ilustración— hasta la actualidad en la que todavía planean muchas dudas, derivadas de su difícil relación con la democracia. Se trata en definitiva de una «historia intelectual» de los partidos hasta ahora ignorada en España» (pág. 15). Y de ello da fe esta investigación desde sus primeras letras, como atestigua también un título, ciertamente ilustrativo, de lo que el lector encontrará en las casi cuatrocientas páginas en que se desarrolla.

Estamos, pues, ante la historia de lo que se pensaba qué debía ser un partido político en las diferentes fases en que tradicionalmente se suele dividir nuestra historia constitucional: la Ilustración y el liberalismo gaditano, el reinado de Fernando VII y el Trienio Liberal, el constitucionalismo moderado de 1834, 1837 y 1845, la Revolución Gloriosa y el progresismo de la Constitución de 1869, la Constitución de 1876, la II República y el franquismo. Ahora bien, la estructura que Fernández Sarasola propone no olvida el esquema clásico de los estudios sobre el asociacionismo político, que suelen analizar cuatro etapas o fases: oposición del Estado a la existencia de asociaciones, desconocimiento del Estado de la existencia de grupos políticos, legalización de los partidos políticos y, por último, su aceptación e incorporación al orden constitucional. Por tanto, los doce capítulos en que se desglosa aparecen agrupa-

dos en cuatro partes, en atención a la sucesión desconocimiento-negación-reconocimiento-constitucionalización de los partidos políticos<sup>12</sup>. De este modo, la primera parte analiza el periodo comprendido entre 1783 a 1813 en dos capítulos: «La Ilustración española desconoce los partidos (1783-1800)» y «El silencio gaditano». La segunda parte, intitulada «De la negación al reconocimiento de los partidos (1820-1867)» estudia «El Trienio constitucional: entre el rechazo y la admisión de los partidos» y «El vacilante reconocimiento de los partidos». La tercera parte se refiere al pluralismo y el bipartidismo entre 1868 y 1923 en cuatro epígrafes: «La diversidad de partidos», «Nuevas ideas de partidos», «El bipartidismo: partidos para estabilizar el régimen» y «Las críticas al turno». Y, por último, una cuarta parte sobre el Partido único y el pluralismo en el periodo comprendido entre 1923 a 2008 que se disecciona en «La Dictadura de Primo de Rivera y el Partido único», «El pluralismo *excesivo*: La Segunda República», «El franquismo: de nuevo la dictadura y el Partido único» y «El punto de llegada: los partidos en una democracia pluralista».

Ahora bien, insisto, que se siga este esquema no quiere decir que su contenido se circunscriba a la mera ordenación del devenir normativo-constitucional de los partidos políticos. Esto no sería más que una explicación pobre y sesgada de aquél. Y ello, porque, en estas páginas no se encontraran valoraciones del tipo: tras un inicial desconocimiento del asociacionismo político bajo la vigencia del Estatuto de Bayona y la Constitución de Cádiz, y de cierta indiferencia tolerante en el periodo comprendido entre el Esta-

12 Estos doce capítulos se acompañan de una introducción, un epílogo, el obligado apartado de recopilación de fuentes documentales y bibliográficas y un utilísimo índice onomástico, que, sin lugar a dudas, enriquecen la obra.

tuto Real de 1834 y la Constitución de 1869, el derecho de asociación se reconoce por primera vez en nuestra historia constitucional tras la Revolución Gloriosa de 1868. Ni tampoco se analizan, al menos, con atención prioritaria, los diferentes textos normativos en que se prohíbe o no el derecho de asociación. De mencionarse alguno, como el Código Penal de 1822 ó el de 1849 refundido en 1850, se hace a modo de apuntes al verdadero hilo conductor de esta obra, y este no es otro que el de la explicación científica del cómo se fue gestando una imagen positiva y, más o menos, favorable de los partidos políticos en España y, sobre todo del por qué la constitucionalización del derecho de asociación y el asentamiento pluralismo político hubo de superar más obstáculos de los, en principio, imaginables. Por ello, insisto, el lector no encontrará solamente un análisis de los Textos constitucionales que decidieron contener en su articulado el derecho de asociación política, ni tampoco explicaciones del por qué Estatuto de Bayona, la Constitución de 1812, el Estatuto Real, el Texto de 1837 ó el de 1845 no lo incluyeron. Como tampoco se encontrará, tan solo, valoraciones estrictamente jurídico-constitucionales de textos como el Manifiesto del Gobierno Provisional de 25 de octubre de 1868, en que se reconoce, por primera vez, la libertad de asociación, ni del Decreto de 20 de noviembre del mismo año de regulación del derecho de asociación, ni mucho menos de la Ley de asociación de 1887. Ni es, exclusivamente, un amplio comentario de la naturaleza jurídica o de las implicaciones constitucionales de la constitucionalización del derecho de asociación en el artículo 17 de la Constitución de 1869, o del artículo 4 (Título Preliminar) del Proyecto de Constitución Federal de 1873, o del dictado del artículo 13 de la Constitución de 1876 ni del 39 de la Constitución de 1931, etc. Encontrará todo esto y mucho más. Pues si bien contiene este tipo de

consideraciones, en la mayoría de los casos lo hace al hilo del comentario sosegado y reflexivo de los momentos políticos más significativos en el desarrollo de la «cultura de partido» en nuestra historia más reciente.

Esta investigación, por tanto, supera, con mucho, el clásico contenido de los estudios publicados hasta la fecha sobre los partidos políticos en nuestras historia constitucional, Estamos, pues, ante la valoración científica de la visibilización efectiva y del papel, que las diferentes experiencias asociativas jugaron en el afianzamiento del fenómeno del asociacionismo político, en la constitucionalización de la libertad correspondiente, en el desarrollo de un efectivo parlamentarismo y en la consecución del pluripartidismo político. Así lo recuerda Fernández Sarasola: «Los partidos son, por tanto, los afluentes que canalizan de forma natural las aguas que convergen en el gran río democrático, y que sustituyen a otras corrientes que podrían alterar su caudal: los acuíferos de límites inciertos de la voluntad individual, las aguas subterráneas de los grupos de presión, y las acequias artificiales de la democracia orgánica» (pág. 14). Son, en consecuencia, imprescindibles en (y para) el juego democrático. Por ello, para la consolidación y asentamiento del pluralismo político, pieza esencial de las actuales democracias, resulta de todo punto imprescindible la generación de una «imagen» positiva de los partidos. Entre otros motivos, porque a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, los partidos eran una realidad desconocida o silenciada, cuando no calificada de pernicioso experimento foráneo. De ahí, que pueda concluirse que estamos ante el análisis científico en línea ascendente de la formación de una «cultura» favorable a la aceptación de las asociaciones políticas en España.

Ahora bien, en el reconocimiento del pluripartidismo entre finales de la época isabelina y la Revolución Gloriosa de

1868 debe situarse el punto de inflexión de esta historia constitucional patria sobre los partidos políticos. Recuérdese que, previamente, durante la vigencia del Estatuto de Bayona apenas se tiene constancia del uso del término «partido», entre otros motivos porque, con la Guerra de la Independencia la aceptación de los partidos políticos suponía cierto «quebranto» de una «voluntad nacional» necesaria frente al enemigo francés. Superada esta etapa de negación de una realidad viva en países como Gran Bretaña, Francia o Estados Unidos, la promulgación de la Constitución gaditana de 1812 no supuso, sin embargo, cierto repunte de la idea de «partido en España». Este Texto no reconoció el derecho de asociación, dado que tanto los liberales como los realistas «rechazaron el derecho de asociación (y con él los partidos) a partir de su particular concepción de los derechos y libertades [...] el resultado sólo podría ser la negación de los partidos, considerados como asociaciones contrarias a la pétreo organización estamental», pues «atomizarían la unidad lograda con el pacto social, dando lugar a una situación que recordaba peligrosamente al Antiguo Régimen, con sus grupos sociales diferenciados. Precisamente aquello contra lo que el liberalismo luchaba con mayor denuesto» (págs. 44 y 45).

No obstante, a partir del Trienio Liberal comienzan a percibirse ciertas manifestaciones doctrinales más favorables a su reconocimiento. Esta situación se traduciría en la utilización del vocablo, incluso, en algunas sesiones parlamentarias<sup>13</sup>. Y quizás por ello, desde 1821 comenzaron a ser descritos como organismos internos de las Cortes, esto es, como grupos parlamentarios en que se reunían los diputados con ideología afín.

13 Para una explicación más extensa *vid.* págs. 56 y ss., concretamente el epígrafe titulado: «La primera imagen del partido. El partido como facción».

Esta situación es la que hereda el periodo isabelino; un periodo de «vacilante reconocimiento de los partidos», tal y como se intitula el cuarto capítulo. En 1834, con la promulgación del Estatuto Real, comienza a perfilarse el concepto de partido político en España, como consecuencia de la instauración de un tímido parlamentarismo, en el que el Poder ejecutivo correspondía a un gabinete políticamente responsable antes la Cámara Baja. No obstante, habrá que esperar hasta los años inmediatamente anteriores a la Revolución Gloriosa de 1868 para que comiencen a disiparse las dudas sobre el futuro de los partidos políticos.

Hasta esa fecha, recuerda Fernández Sarasola, «el principio básico e incontestable era la soberanía nacional, de modo que cualquier postura al margen de esta se consideraba como una opción ilegítima. Toda la nación integraría una unidad indisoluble afín al dogma de la soberanía nacional frente a la que se situaban las posiciones ilegítimas y parciales que la negaban, posiciones a las que en ocasiones se referían con el término de partido.» (pág. 81).

Sin embargo, a partir de 1855, la opinión general respecto a los partidos políticos comienza a cambiar. En primer lugar, porque ya se había aceptado la existencia de dos grupos netamente diferenciados en el seno del órgano parlamentario: el partido de la mayoría (el que apoyaba al Ministerio) y el de la oposición. Y, en segundo lugar, porque en 1855 Andrés Borrego publica su obra «De la organización de los partidos en España, considerando como un medio de adelantar a la educación constitucional de la nación», en que introduce tres variables imprescindibles en la discusión teórica que se mantenía hasta la fecha: derecho de asociación, ideología y pluripartidismo. En definitiva, que estas reflexiones constituyen un primer paso en el futuro devenir democrático de los partidos en nuestro país.

Estamos en la época en que el pluralismo político comienza su verdadera andadura. Un camino no exento, sin embargo, de dificultades, pues su efectivo reconocimiento como protagonistas indiscutibles de la vida política quedaba todavía algo lejos. No obstante, sea como fuere se asiste a una sensible proliferación de partidos de todo tipo. Así, al margen de los «grupos políticos» más o menos homogéneos que surgieron en la primera mitad del siglo XIX (afrancesados, serviles, absolutistas, realistas, liberales, carlistas, etc.), a cuyo comentario se dedican las primeras páginas, solamente a partir de la Revolución Gloriosa y de la promulgación de la Constitución de 1869 es posible afirmar la existencia de un emergente «pluripartidismo» en España. Un pluripartidismo que dio lugar a una interesante tipología de partidos nacionalistas, confesionales y de clase, que se analizan en capítulo intitulado «Nuevas ideas de partidos» (págs. 136 y ss.).

Por tanto, la línea divisoria está en los años de vigencia de la Constitución de 1869 y su sustitución por el Texto, más moderado, de 1876; Texto que inauguraba, por otra parte, una época especialmente interesante en el desarrollo del pluripartidismo en España. Así, en las páginas 167 y siguientes Ignacio Fernández Sarasola analiza, con una claridad expositiva y una plasticidad visual dignas de los mejores elogios, la reconducción del recién estrenado pluripartidismo a un bipartidismo, que pronto devino en el «turnismo» tantas veces comentado en los clásicos manuales de historia constitucional. Recomendamos, pues, la lectura sosegada de las páginas 177 y siguientes, en que se ofrece una interesantísima valoración del parlamentarismo de la época y sus disfuncionalidades, del estudio (en términos de «liderazgo») de los partidos protagonistas de «el turno», de la evolución y crisis del turnismo y de las nuevas fórmulas con las que se pretendió revita-

lizar tan artificial construcción de una legítima y saludable alternancia en el poder.

Ni qué decir tiene que las críticas al turnismo fueron particularmente intensas a medida que se inauguraba el siglo XX. A esto se dedica el último capítulo de la Parte Tercera, en que incluye dos interesantes propuestas: la idea «biológica» de los partidos del conde de Romanones (págs. 212 y ss.) y la de «un partido para educar al pueblo» de Ortega y Gasset. Ahora bien, de estas propuestas no derivó, como hubiera sido lo deseable, una mayor extensión del pluralismo político, sino todo lo contrario. Con la nueva centuria el parlamentarismo en España estuvo en verdadero peligro, al imponerse, con Primo de Rivera, un régimen de partido único. Tras él, tras su derrumbe, el péndulo de la historia volvió a oscilar a favor del pluripartidismo republicano, que quizás fuera «excesivo» como reza el capítulo segundo de la Cuarta Parte.

Sea como fuere, «la segunda República trajo consigo una democracia, la primera auténtica que conoció nuestro país, y con ella el pluripartidismo político se convirtió en una realidad. La democracia conllevó, por tanto, el reconocimiento de los partidos políticos en el ámbito social, como reflejo de la complejidad ideológica existente en España y que hasta entonces se había negado sistemáticamente. La admisión de la diversidad política (nacionalismo, partidos confesionales, republicanismo, socialismo, etc.) se canalizó a través de un derecho de asociación que hasta entonces había tenido serias dificultades para asentarse. Prácticamente todos los partidos triunfantes el 14 de abril de 1931, o los que surgieron en los meses sucesivos a su amparo, incluyeron en sus programas el derecho de asociarse para cualquier fin» (pág. 261).

Comienzan a entrecruzarse, en consecuencia, las primeras manifestaciones de

los «partidos de masas»<sup>14</sup> y un renovado interés doctrinal sobre ellos<sup>15</sup>. Estamos ante un nuevo hito en el desarrollo histórico del pluralismo en España, hasta el punto de que podría afirmarse que en esta investigación subsiste otra ulterior división, que no se encuentra reflejada en su índice. Esta es la que divide el estudio de los partidos políticos en la historia constitucional española en tres grandes partes, que coinciden, curiosamente, con los tres ejes políticos en torno a los que giran los dos últimos siglos en España, esto es: 1812, 1868 y 1931, pues en opinión de Pérez de Ayala son los que verdaderamente «abren expectativas de profundos cambios políticos»<sup>16</sup>, también en lo que se refiere a la vida de los partidos políticos en la península. La primera se extiende desde finales del siglo XVIII hasta mediados del XIX y supone un costoso reconocimiento de una realidad más o menos asentada en los países de nuestro entorno cultural más próximo. La segunda se extiende hasta la Constitución de 1931 en que es posible afirmar el asentamiento del derecho de asociación política tanto normativamente como, sobre todo, por imposición de una realidad incontestable. Y, la tercera, por desgracia, supone una regresión o marcha atrás, pues el paso firme con que el reconocimiento constitucional del derecho de asociación y del pluralismo político avanzaba se truncó con el franquismo. Pues, si algo tuvieron en común, todas las ideologías y corrientes de pensamien-

to de que se nutrió el franquismo fue un absoluto rechazo al parlamentarismo y, por ende, los partidos políticos.

Visceral rechazo que se tradujo normativamente en el Decreto de la Junta de Defensa Nacional núm. 108, de 13 de septiembre de 1936, por el que se ilegalizaba a los partidos integrantes del Frente Popular y en el Decreto, también de la Junta de Defensa Nacional, de 25 de septiembre por el que esta ilegalización se extendía al resto de las fuerzas políticas. Además, éste último fue ratificado y ampliado por la Ley de responsabilidades políticas, de 9 de febrero de 1939 (reformada en febrero de 1942), que eliminaba definitivamente cualquier atisbo de pluralismo político en nuestro país. Por no hablar del Decreto de Unificación de las Milicias, de 19 de abril de 1937, que seguía en la línea de eliminación de todos los partidos políticos. Así se disecciona en el Capítulo titulado «El franquismo: de nuevo la dictadura y el Partido único», que resulta particularmente interesante por su riguroso estudio, tanto de las claves conceptuales de la FET-JONS, como de las particularidades de un «asociacionismo limitado» en un régimen autoritario, sobre todo a partir de 1967 en que el franquismo admitió ciertos atisbos de participación ciudadana. En este sentido, recuerda Fernández Sarasola que «lejos de ser un sistema totalmente hermético y perfectamente diseñado, el franquismo sufrió diversos cambios de rumbo, pasando, como hemos visto, de un régimen de partido único a formar unas Cortes orgánicas y, en los últimos años de su larga singladura de cuarenta años, a intentar un tímido asociacionismo político» (pág. 306). Gracias a que el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 reconocía a los españoles el derecho de asociarse libremente para fines lícitos fue posible la aprobación de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones y, posteriormente, el Decreto-Ley 7/1974, de 21 de diciembre, de regulación del

14 En este sentido el epígrafe «La idean de *partido mayoritario*», págs. 262 y 268.

15 Véase en este sentido el epígrafe intitulado «Los partidos como instituciones de Derecho Público» (págs. 255 a 267).

16 PÉREZ DE AYALA, A., «El constitucionalismo en el sexenio en el contexto constitucional europeo de mediados del siglo XIX. Referencia específica al influjo del modelo belga», *Revista de Derecho Político (UNED)*, n.º. 55/56, 2002, pág. 244.

Estatuto jurídico del Derecho de Asociación política.

Y alcanzamos, por fin «El punto de llegada: Los partidos en una democracia pluralista», esto es, el último capítulo de esta monografía en que se comentan las consecuencias derivadas de la constitucionalización del derecho de asociación política.

La primera de ellas fue el nacimiento de una nueva imagen del partido político, concretamente la de su imagen jurídica, pues «tras las singladuras de interpretaciones ante todo políticas, filosóficas y sociológicas, los partidos pasaron a convertirse en un problema jurídico, de modo que su naturaleza y funciones ya no eran fruto de un mero debate entre interlocutores particulares y actores políticos, sino fruto de la juridificación operada por los órganos del Estado» (pág. 329). Y la segunda, la emanación de una importantísima jurisprudencia constitucional sobre los partidos políticos, que ha ayudado y coadyuvado a clarificar, en primer lugar, su particular naturaleza jurídica como asociaciones privadas especiales, pues la Constitución les otorga un tratamiento preferente al asignarles el ejercicio de funciones públicas de especial trascendencia. He aquí que Fernández Sarasola vuelve a desentrañar la «imagen» de los partidos políticos en los tiempos actuales, partiendo de la ofrecida por nuestro Tribunal Constitucional como «instrumentos de participación política». Se concluye, así, en las páginas 332 y siguientes, que en el año 2002 comenzó a gestarse un interesante cambio en la «imagen jurídica» de los partidos políticos, con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2002, reguladora del Derecho de asociación y con la LO 6/2002, de Partidos Políticos. Ambas normas exigen que todas las asociaciones tuvieran tanto en su ámbito interno como externo, comportamientos democráticos. Y añade, que «si en la transición se consideraba que la democracia era imposible sin partidos,

ahora los términos parecen invertirse, entendiendo que los partidos tampoco pueden existir sin una actividad democrática. Una nueva idea de partido debe emerger de este cambio de criterio. Ya no se trata de «partidos en democracia», sino de «partidos para la democracia»: cualquiera que sea su ideario, su actividad debe servir para consolidar el propio sistema democrático, no para minarlo» (pág. 332). Una «nueva imagen», quizás no tan nueva. Recuerdese las palabras de Martínez de la Rosa en 1820: «Reducidas las asociaciones al útil objeto de rectificar la opinión, no pueden menos de ser aprobadas y bendecidas por todos los amantes de la libertad»<sup>17</sup>. En definitiva, no pueden ser más que bendecidos por los defensores de la democracia, o cuánto menos defendidos y protegidos.

Estamos ante la segunda «gran valencia» de esta investigación, pues en sus últimas páginas abre nuevas vías de reflexión del presente y, sobre todo, del futuro de los partidos políticos, alejándose de las consideraciones clásicas que se limitan a afirmar un pretendido (que no probado) alejamiento entre estos y la ciudadanía. Es, por tanto, una obra que mira, por supuesto, al pasado pero que, también, hace guiños al futuro por el que transitarán los partidos políticos y el sistema democrático español.

En definitiva que «en la singladura de dos siglos, los partidos no sólo han logrado dejar de ser ignorados o rechazados, y han obtenido un reconocimiento constitucional. Más aún han conseguido prácticamente monopolizar la democracia aunque también es cierto que la democracia les ha impuesto exigencias antes desconocidas, Habrá que esperar a ver si las nuevas realidades, como una futura Unión Europea política, conducen a nue-

17 MARTÍNEZ DE LA ROSA Y PRIEGO, *Diario de Sesiones de Cortes*, de 4 de septiembre de 1820.

vas ideas de partido que ahora ni tan siquiera se podrían aventurar» (pág. 340).

Mientras tanto, disfrutaremos con la lectura de las páginas que nos ofrece Ignacio Fernández Sarasola; una «historia intelectual» de los partidos políticos convenientemente sazonada con constantes referencias al contexto socio-político, a las corrientes ideológicas más importantes, a las opiniones doctrinales más destacadas, a las reflexiones de los actores políticos del momento, etc., sin olvidar el Derecho comparado o el análisis normativo-constitucional cuando así fuere necesario.

Una obra, en definitiva, de cuidado estilo expositivo y, sin lugar a dudas, de recomendable lectura para el constitucionalista, que también satisfará la curiosidad intelectual del público no experto, pues aporta un análisis detallado de un aspecto esencial para la adecuada comprensión de nuestra historia. Una historia que no solo se contiene en el dictado de los Textos constitucionales sino que también se encuentra en el pensamiento de ilustres literatos, filósofos, publicistas, miembros de una incipiente doctrina constitucionalista, políticos o simplemente juristas, que en sus escritos sintetizaron el «sentir político» de la época que les tocó vivir. Pues bien con las opiniones de Argüelles, Alcalá Galiano, el conde de Romanones, el marqués de Miraflores, Gumersindo de Azcarate, Antonio Maura, Joaquín Costa, José Ortega y Gasset, Adolfo Posada, Francisco Ayala, Manuel Azaña, Alcalá Zamora, Gil Robles y un largo etcétera. Ignacio Fernández Saraso-

la construye un meticuloso y completo «repass» de nuestra Historia constitucional, a través de uno de sus principales protagonistas: los partidos políticos.

ESTHER GONZÁLEZ HERNÁNDEZ  
*Profesora Titular de Derecho  
 Constitucional  
 Universidad Rey Juan Carlos*

\* \* \*

ABSTRACT: *This book analyzes the history of the spanish political parties from 1808 to nowadays. It is a scientific research that presents the ideology and image of the political parties in a historical context, explores the social, legislative and political context of the most important political branches, examines, in a comparative perspective the constitutional frame in which the political parties act, gives examples of the opinion of politics, philosophers and the cultured society of the moment to finish with an interesting review of conceptual constructios of the political parties in the spanish constitutionalism.*

RESUMEN: *Este libro analiza la historia de los partidos políticos españoles desde 1808 hasta nuestros días. En este estudio científico se presenta la ideología y la imagen de los partidos políticos en un contexto histórico, se analiza el contexto social, legislativo y político de las más importantes derivadas políticas de los partidos, se examina, desde una perspectiva comparada, el escenario constitucional en el que actúan los partidos políticos, se dan ejemplos de la opinión de políticos, filósofos y en general la sociedad cultivada del momento, para terminar con un interesante repaso de las construcciones conceptuales de los partidos políticos en el constitucionalismo español.*

KEY WORDS: *Political parties. Spanish constitutional history.*

PALABRAS CLAVE: *Partidos políticos. Historia constitucional española.*

HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Reus, Barcelona, 2009, 423 págs.

La importancia en nuestro ordenamiento constitucional de la reforma de la LOTC a través de la LO 6/2007, de 24 de mayo, no puede dejar de subrayarse. Como se encargara de recordar P. Cruz Villalón comentando el entonces Proyecto de reforma, «se inserta directamente en el ámbito de la *política constitucional*», pues como es sabido, la LOTC «es no sólo el *desarrollo* de la Constitución sino desarrollo *inmediato* de la misma»<sup>18</sup>.

En particular, el estudio de la nueva regulación de la admisión del recurso de amparo constitucional constituye el objeto principal de análisis del autor de esta monografía. Un completo y documentado trabajo que aborda la reforma del art. 50.1 y conexos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aportando al lector una pluralidad de perspectivas que, sin lugar a dudas, permiten situar dicha reforma en su adecuado contexto jurídico-político, además de suscitar nuevas preguntas a partir de la ingente información suministrada en la obra, que se constituye en una referencia básica sobre esta materia.

18 CRUZ VILLALÓN, P.: «Acotaciones al Proyecto de reforma de la Justicia Constitucional». En, VV.AA.: «La reforma de la justicia constitucional». Navarra: Centro de Estudios Jurídicos. Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 65.

Desde el punto de vista estructural, el trabajo se articula en dos partes diferenciadas, la primera de ellas dedicada al análisis de la admisión a trámite como «elemento clave» en la situación del Tribunal Constitucional con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la LO 6/2007, de 24 de mayo. La segunda desarrolla una propuesta dirigida a optimizar la aplicación del nuevo trámite de admisión introducido por la LO mencionada, a través de tres instrumentos: la admisión en positivo, el concepto de «especial trascendencia constitucional» y la tramitación interna de los recursos.

La obra se completa con una serie de Anexos en los que se contienen esquemas de interés sobre el procedimiento interno de admisión a trámite de un recurso de amparo por el Tribunal Constitucional, el procedimiento de admisión a trámite y el procedimiento seguido en el Registro General respecto de las *Verfassungsbeschwerden* planteadas ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, el procedimiento interno general de los *writs of cerciorari* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y el procedimiento en la *cerciorari pool*. A ellos se añaden unas Tablas donde se recogen, en cifras, distintos aspectos relativos a los asuntos planteados ante el Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional Federal alemán y

el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos.

De este modo, el autor comienza por situar la reforma de 24 de mayo de 2007 en el contexto de la situación de «bloqueo funcional» que viene sufriendo el Tribunal Constitucional desde 1991, según expresara en la Memoria 1980-1986 su entonces Presidente, el Prof. Tomás y Valiente<sup>19</sup>, reiterada por los sucesivos Presidentes del Alto Tribunal, y que constituye el fundamento último de la reclamación efectuada por su actual Presidenta en la Memoria presentada en el año 2005 sobre la necesidad y urgencia de la reforma de la LOTC<sup>20</sup>.

19 En efecto, el Sr. Tomás y Valiente constataba en la Memoria del Tribunal cómo el número de recursos de amparo interpuestos cada año «crece de modo vertiginoso», pero al mismo tiempo reconocía que «no es fácil decidir si conviene combatir tal avalancha de recursos», en tanto que «Esta sociedad ha carecido durante demasiado tiempo de los derechos y libertades que con ellos se ampara, y quizá sea prudente no obstaculizar su defensa y esperar a que se comprenda que los recursos de amparo no constituyen una panacea, sino un instrumento jurídico de delicado uso» («Tribunal Constitucional. Memoria 1980-1986», págs. 16-17).

20 Según afirmaba la Sra. Presidenta del Tribunal Constitucional en la citada Memoria, haciendo balance de los XXV años de existencia de nuestra Justicia Constitucional, éste pone de manifiesto «una serie de disfunciones generadas en el funcionamiento y trabajo del Tribunal, algunas de las cuales han redundado negativamente» en el ejercicio de su función jurisdiccional. Entre ellas, afirmaba, se pueden encontrar circunstancias del todo imprevisibles para el legislador de 1979, como el «extraordinario aumento» de la demanda de justicia constitucional a través del recurso de amparo. En este sentido, «las cifras de asuntos ingresados han seguido una tendencia imparable de crecimiento con el resultado de incrementar en exceso el volumen de trabajo acumulado del Tribunal», cuya resolución no puede llevarse a cabo a través de los medios procesales previstos en el ordenamiento jurídico, requi-

Desde tales premisas, analiza un conjunto de causas de naturaleza legislativa y jurisprudencial que conducen, en última instancia, a considerar el trámite de admisión del recurso de amparo como «nudo gordiano» de este «bloqueo funcional» que viene arrastrando el Tribunal Constitucional desde hace ya más de dieciocho años.

Entre las causas de origen legislativo, el autor califica de insuficiente el desarrollo de que ha sido objeto en nuestro ordenamiento jurídico el art. 53.2 de la Constitución, de donde deriva, en su opinión, la imposibilidad de que la jurisdicción ordinaria desarrolle adecuadamente la protección de los derechos fundamentales.

No cabe duda, en este sentido, de que el ejemplo contenido en el art. 105 de la Constitución española de 1931, previendo la creación de «Tribunales de urgencia» para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales y, en última instancia, el recurso al Tribunal de Garantías Constitucionales «cuando hubiera sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades» [art. 121.b)]<sup>21</sup>, de haber

riendo una acción del legislador tendente a racionalizar la «carga de trabajo y la mayor agilidad y el acortamiento de los plazos de respuesta en los procesos que conoce, mediante la disminución del número de asuntos pendientes de admisión (cuya acumulación, señaladamente en amparo, ha crecido a lo largo de los años) y del tiempo medio de espera en el dictado de la Sentencia o resolución definitiva». Por ello, se imponía, afirmaba, «la necesidad de evitar que el recurso de amparo sea una tercera instancia» y de reducir «el elevado número de decisiones de inadmisión basadas mayoritariamente en la falta de contenido constitucional de las demandas de amparo».

([http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/Mem2005\\_1\\_Presentacion.aspx](http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/Mem2005_1_Presentacion.aspx))

21 Como constata M. BASSOLS COMA, la instauración de una tutela de las libertades públicas en la Constitución española de 1931, en

sido tomada en consideración por el constituyente español de 1978 o por el legislador orgánico al reformar la LOTC, podría haber dotado de una distinta operatividad al recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional.

En todo caso, la reforma contenida en la LO 6/2007, de 24 de mayo, trata de paliar las deficiencias de la articulación del amparo ordinario en nuestro ordenamiento jurídico, según expresa su Exposición de Motivos, otorgando «a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial», así como estableciendo «una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo». Unas medidas que responden a la finalidad última de que «la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria». Téngase en cuenta que en su redacción vigente, el precepto mencionado afirma «No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido de-

nunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario»<sup>22</sup>.

Las causas de origen jurisprudencial se concretan, en opinión del Prof. Hernández Ramos, en la ampliación del contenido del art. 24 CE a través de la propia interpretación del Tribunal Constitucional, y del de otros derechos fundamentales de configuración legal —como es el caso de los contenidos en los arts. 23, 28 y 25 CE—, junto a la extensión de la legitimación pasiva a las demandas de amparo por vulneraciones llevadas a cabo por particulares. Unas circunstancias que, a su juicio, han dado lugar a que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de protección de los derechos fundamentales de un modo tardío, debido a la sobrecarga de trabajo a la que se enfrenta como consecuencia del crecimiento desmedido del número de recursos de amparo.

22 Sin embargo, en opinión de G. FERNÁNDEZ FARRERES, esta ampliación de la nulidad de actuaciones, «tampoco ayudará a mejorar la situación», pues «en la mayoría de los casos se habrá podido denunciar la vulneración del derecho fundamental sustantivo antes de que haya recaído resolución firme» y, en el caso de que no sea así, afirma, «poco cabe esperar de que el mismo órgano judicial que ha dictado la resolución firme vaya a rectificar su precedente criterio». Asimismo, a juicio del autor, dicha redacción podrá dar lugar a un innecesario alargamiento de la vía judicial previa, «sin que quepa descartar que puedan surgir dudas acerca de si se ha agotado esa vía judicial previa por no haberse planteado el incidente, o sí, por el contrario, se ha alargado por haberse planteado indebidamente y con ello interpuesto extemporáneamente el recurso, complicándose con ello el propio trámite de admisión» («Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española». En, *Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 45).

términos formales, no sólo «representaba una de las innovaciones características del nuevo texto constitucional», sino que, al mismo tiempo, inauguraba «una nueva visión del alcance de las declaraciones de derechos y libertades que carecía de precedentes en nuestro Derecho constitucional» («La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española». Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pág. 75).

A continuación, el autor analiza detalladamente la variedad de soluciones propuestas por la doctrina con el fin de resolver la que denomina «crisis funcional» del Tribunal Constitucional, diferenciando, por un lado, las propuestas que no afectan de modo directo a la institución del recurso de amparo constitucional y que podrían ser adoptadas con independencia de la reforma de LOTC, y por otro, las propuestas que, referidas al recurso de amparo en sí mismo, aluden tanto a la legitimación activa como a su ámbito objetivo y, en última instancia, al trámite de admisión.

A resultas de este análisis, utilizando la conocida clasificación de M. Fromont<sup>23</sup>, considera que a través de la regulación

23 Aún cuando no puede hablarse de modelos de Justicia Constitucional «puros» en relación con la clasificación de M. FROMONT, éste diferenciaba entre «dos grandes lógicas que pueden presidir la ordenación de un contencioso de derecho público, la lógica subjetiva y concreta y la lógica objetiva y abstracta». En la primera, afirmaba, «la situación particular de la persona privada afectada se sitúa en primer plano y repercute necesariamente sobre el modo en que el juez decide la cuestión de derecho constitucional». Por el contrario, en la segunda lógica, «el interés del Estado está en primer plano y el juez tiene como función principal disciplinar a los actores de la vida política», siendo «el buen funcionamiento de los órganos del Estado» el aspecto preeminente. A su juicio, la creación de órganos de Justicia Constitucional específicos «no tiene como efecto necesariamente otorgar un carácter objetivo y abstracto al contencioso constitucional». Más concretamente, afirma, el contencioso constitucional subjetivo y concreto sobre el que se pronuncian los Tribunales Constitucionales está integrado por «los recursos individuales en protección de derechos constitucionalmente garantizados», cuando éstos se dirigen contra «un acto administrativo» o una «decisión», mientras que el recurso individual dirigido contra una ley «es ciertamente subjetivo, pero en parte abstracto» («La justice constitutionnelle dans le monde». París: Dalloz, 1996, págs. 42-53).

del trámite de admisión del recurso de amparo, la LO 6/2007, de 24 de mayo, «abre la puerta» a una concepción del recurso de amparo basada en la primacía de su «función objetiva», es decir, tendente a resolver una cuestión relativa al funcionamiento del Estado, superando en ciertos aspectos de su grado de objetivación, a su juicio, las líneas adoptadas por otras legislaciones como la estadounidense y la alemana, que siguen unos modelos inspirados, respectivamente, en la admisión discrecional del *writ of certiorari* y en la «trascendentalización de los criterios de admisión» del recurso de amparo.

En este contexto el autor estima que la reforma operada en relación con el trámite de admisión del recurso de amparo por la mencionada LO, adolece de un alto grado de abstracción, de modo que la posterior concreción del contenido y del modo en que deba ser aplicada resulta particularmente relevante. Es por ello que considera, a falta de referentes significativos en nuestro propio ordenamiento jurídico, que para la correcta aplicación e interpretación del trámite de admisión configurado por la reforma, deben ser tomadas en consideración las experiencias desarrolladas tanto en el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos —con la inevitable relatividad que deriva de su pertenencia a un modelo de justicia constitucional distinto al continental—, como en el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>24</sup>, tratando de evitar las de-

24 Con anterioridad a la última reforma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1993, dicha norma fue objeto de cinco modificaciones previas (Ley de 21 de julio de 1956 (BGBl, I, p. 662); Ley de 26 de junio de 1959 (BGBl, I, p. 297); Ley de 3 de agosto de 1963 (BGBl, I, p. 589); Ley de Reforma, de 21 de diciembre de 1970 (BGBl, I, p. 1765), y Ley de Reforma de la Ley reguladora del Tribunal (BGBl, I, p. 2225), y en todas ellas se contemplaron, entre otras, diversas medidas

ficiencias detectadas por dichos órganos y, en sentido contrario, valorando la posible traslación de aquellos aspectos que puedan resultar positivos al desarrollo de la LO de 24 de mayo de 2007.

La segunda parte de la obra se inicia con el estudio detallado de las principales novedades contenidas en la LO 6/2007, de 24 de mayo, y en particular, del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional, resultando especialmente significativa su comparación con la experiencia alemana, en tanto que el resultado de dicho contraste permitirá, en opinión del autor, valorar en sus justos términos el alcance y la significación de la nueva regulación del recurso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico.

Porque si en una primera aproximación se puede apreciar que la reforma de 2007 responde a similares objetivos y sistemática que la reforma de 1993 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, en relación con el criterio de «especial trascendencia constitucional» en el trámite de admisión del recurso de amparo, también pueden encontrarse diferencias sustancialmente significativas.

Téngase en cuenta que, según la opinión doctrinal mayoritaria, el concepto adolece de una importante ambigüedad, y que, en caso de ser interpretado en términos estrictamente objetivos, inutilizaría, además, las razones que hasta ahora se han venido esgrimiendo para negar la admisión del contra-amparo, de ahí que, acertadamente, el Prof. Hernández Ramos considere que la tutela de la dimen-

tendentes a reducir el número de recursos de amparo presentados ante dicho órgano cuya eficacia práctica fue muy escasa. Un estudio detallado de los instrumentos utilizados por el legislador alemán a este respecto puede encontrarse en el estudio de FALLER, H.J.: «Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal alemán». *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, enero-abril, 1992.

sión subjetiva de los derechos fundamentales debería estar presente, de un modo cualificado, «como criterio de admisión del recurso de amparo y estar contenida en el concepto de «especial relevancia constitucional»».

A tales efectos, el autor desarrolla un profundo análisis de la aplicación por el Tribunal Constitucional del criterio de inadmisión contenido en las regulaciones de la LOTC de 1979 y de 1988, a través de la aplicación del concepto de la «carencia manifiesta de contenido», concluyendo que, a pesar de las escasas modificaciones introducidas por la LO 6/1988, de 6 de junio, de reforma de la LOTC, dicho requisito resulta de escasa utilidad, en tanto que tradicionalmente ha sido entendido en referencia a la dimensión subjetiva del recurso de amparo constitucional y, en consecuencia, en relación con la existencia de un derecho fundamental lesionado, siendo inexistente la «función objetiva» del recurso de amparo desarrollada a través de la interpretación de dicho criterio, tan sólo se asumida en dos Autos —248/1994 y 182/1997— que no tuvieron confirmación posterior en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En este contexto, el análisis de la experiencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Federal alemán resultan, por lo tanto, de especial interés para poder prever la posible concreción del concepto de «especial trascendencia constitucional» en nuestro actual ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere al criterio de la importancia del caso, utilizado por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, las conclusiones obtenidas por el autor resultan especialmente reveladoras de las consecuencias de una concepción estrictamente objetiva del recurso de amparo constitucional. En primer término, porque dicho criterio resulta ser el único tomado en consideración por aquel

Tribunal Supremo para decidir la admisión a trámite de los recursos, dependiendo su interpretación, en segundo lugar, de la determinante apreciación subjetiva de los jueces, tanto en la admisión de los *writs of cerciorari* como de las apelaciones, de modo tal que, en última instancia, el requisito de la importancia resulta un criterio extremadamente relativo, en tanto que no existe ninguna fórmula que determine el grado de importancia necesario para la admisión del recurso.

Lógicamente, el procedimiento de admisión previsto en el § 93.a.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán respecto de los recursos de amparo responde a criterios de mayor concreción legislativa. En este sentido, está previsto para los casos a los que corresponda «relevancia constitucional fundamental» (inciso a), así como para hacer valer la tutela de derechos fundamentales «cuando la denegación de una decisión sobre el fondo cause al demandante un perjuicio especialmente grave» (inciso b).

Desde tales premisas, el autor subraya como diferencia sustancial predicable entre la regulación española y la alemana, la posibilidad prevista en ésta última de que el Tribunal Constitucional admita a trámite recursos de amparo como tutela de una grave lesión de los derechos fundamentales en su dimensión subjetiva, posibilidad que no ha sido prevista por el legislador español en la reforma de la LOTC de 2007. No obstante, dada la semejanza de los criterios hermenéuticos contenidos en el art. 50.1.b) LOTC y en el § 93.a.2) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, el autor considera útil para la elaboración de una propuesta de desarrollo del concepto de «especial trascendencia constitucional» en el ordenamiento jurídico español, la toma en consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y la doctrina que la interpreta y sistematiza.

Así, estima que, en un primer término, se puede reconocer la «trascendencia constitucional» de una cuestión por «existir serias dudas sobre cómo darle respuesta o cómo debe ser resuelta». Unas dudas derivadas bien del hecho de que ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional ofrecen respuesta a la cuestión planteada, o bien porque tengan su origen en un cambio en las circunstancias (entendiendo por tales, modificaciones de carácter legislativo, jurisprudencial, social, científicas, etc.).

En segundo lugar, afirma, la «trascendencia constitucional» debe responder al criterio de «especialidad», bien por la «trascendencia social colectiva del caso o de la cuestión constitucional» en la esfera política, social o económica, bien por la «trascendencia del caso o de la cuestión constitucional en el ámbito jurídico», ya sea, en éste último caso, por generar un efecto innovador, modificador, aclaratorio o derogatorio en el ordenamiento jurídico.

En tercer y último término, la «especial trascendencia constitucional» puede tomar en consideración, en opinión del Prof. Hernández Ramos, la importancia para la aplicación o general eficacia de la Constitución y, en concreto, de los derechos fundamentales, haciendo referencia, según la experiencia alemana, bien a una «negligencia general en la aplicación de las normas constitucionales por parte de los poderes públicos», a un «efecto disuasorio en la eficacia de los derechos fundamentales» producida por la actuación de los poderes públicos, o bien a una «violación especialmente crasa de las normas constitucionales» debida, a su vez, a un «gran desconocimiento» o «burdo juicio erróneo» de la protección de un derecho fundamental o a una «crasa violación de los principios del Estado de Derecho». Todas ellas, premisas que responden a la «vertiente objetiva» del recurso de amparo.

Pero en relación con la «vertiente subjetiva», la reforma de la LOTC debe ser

objeto, en su opinión, de una enérgica crítica en tanto que, afirma, se produce una falta de coherencia entre la naturaleza constitucional del recurso de amparo, concebido esencialmente por los arts. 53.2 CE, 41.3 LOTC y 55.1 LOTC, como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, y el trámite de admisión, configurado en términos «objetivos» por la reforma de la LOTC de 2007.

En su opinión, la experiencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos pone de manifiesto una tendencia a la objetivación de sus funciones, pero también demuestra que en ninguno de los casos se han dejado de tomar en consideración, como criterio de admisión de los recursos, la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.

De este modo, atendiendo a las experiencias desarrolladas en estos dos Altos Tribunales, el autor propone la inclusión de la «función subjetiva» del recurso de amparo en el concepto de «especial trascendencia constitucional», a través del desarrollo de una interpretación de dicho concepto que dé cabida a la previsión contenida en el § 93.a.2.) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, es decir, que la admisión a trámite de un recurso de amparo esté indicada (por responder al criterio de «especial trascendencia constitucional») para proteger un derecho fundamental cuando el recurrente alegue que se le produciría un «perjuicio especialmente grave» en caso de que el Tribunal Constitucional rechazara adoptar una decisión sobre el fondo del asunto. El criterio de especialidad al que responde el «perjuicio especialmente grave» o «consternación existencial» del recurrente en amparo permitiría la inclusión de la dimensión subjetiva del recurso de amparo como criterio de admisión, evitando, al mismo tiempo, el «bloqueo funcional» del Tribunal Constitucional, en tanto que no bastaría con la simple alegación de la vulneración de un derecho

fundamental sino que sería necesaria, según la definición aportada por Grasshof, la constatación de un daño que «amenaza el núcleo de la esfera vital del recurrente».

Junto a esta propuesta de interpretación hermenéutica de los arts. 49.1 y 50.1.b) de la LOTC, para garantizar el éxito de la reforma de dicha ley orgánica, estima necesario, además, la adaptación de la tramitación interna del nuevo trámite de admisión por el Tribunal Constitucional de manera que, a diferencia de la actual —y tomando como referencia las experiencias del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Federal alemán—, debería habilitarse un órgano interno u «oficina de calificación» en el Registro General del Tribunal Constitucional, integrada por letrados, que fiscalice la concurrencia de la «especial trascendencia constitucional» de los recursos planteados, facilitando la labor de admisión o inadmisión a los Magistrados del Alto Tribunal.

No obstante, ha de subrayarse que en la redacción vigente del art. 50 LOTC la concurrencia de la «especial trascendencia constitucional» constituye un requisito de la admisión del recurso de amparo y que esta competencia viene atribuida por dicho precepto a las Secciones o a las Salas del Tribunal Constitucional. Específicamente, el Auto del Tribunal Constitucional 188/2008, de 21 de julio (Sala Primera), ha precisado que «el recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1.a) LOTC, no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple —además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC— la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión «en todo caso» empleada por el precepto» (Fto. Jco.

1º). Una carga que pesa sobre el recurrente y que, a juicio del Tribunal Constitucional, «es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental» (Fto. Jco. 2º)<sup>25</sup>.

A pesar del notable intento del Prof. Hernández Ramos por conjugar en el trámite de admisión configurado por la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, la dimensión «subjetiva» y «objetiva» del recurso de amparo constitucional, los resultados de la misma dependerán en gran medida, de la propia interpretación que el Tribunal Constitucional otorgue al concepto de «especial trascendencia constitucional», pues como subraya M. Aragón, «deja al Tribunal un margen muy amplio de discrecionalidad para apreciarla»<sup>26</sup>.

En este sentido, se ha de recordar que el Tribunal Constitucional ha desarrollado un cierto impulso racionalizador en la Sentencia 70/2009, de 23 de marzo pero, sobre todo en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 155/2009, de 25 de junio, ha realizado una primera interpretación sistemática del requisito contenido en el art. 50.1.b) LOTC que, como afirma el propio Tribunal, no excluye, dado el carácter dinámico del ejercicio de la función jurisdiccional que tiene encomendada, que a partir de la casuística «se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido».

En todo caso, el Tribunal Constitucional estima que concurren circunstancias de fondo susceptibles de ser encuadradas en el concepto de «especial trascendencia

constitucional»: a) cuando el recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional; b) en el caso de que el recurso ofrezca al Tribunal Constitucional la ocasión para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna; c) si la vulneración del derecho fundamental denunciada proviene de la ley o de otra disposición de carácter general; d) cuando la vulneración del derecho fundamental trae causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental; e) en el supuesto de que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental alegado en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias; f) cuando un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional; o, g) en el caso de que el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriormente mencionados, trascienda el caso concreto por plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, entre las que podrían incluirse, determinados amparos electorales o parlamentarios.

Sin embargo, atendiendo a este catálogo de circunstancias de fondo que dotan de significación, por el momento, al concepto de «especial trascendencia constitucional», nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la línea establecida por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos y, en parte, por el Tribunal Constitucional Federal alemán —tomando en consideración exclusivamente los criterios relativos al § 93.a.2, apartado a) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán—, parece haberse inclinado por

25 BOE nº 200, de 19 de agosto de 2008. Idéntica doctrina ha sido mantenida en el Auto 289/2008, de 22 de septiembre. Sala 2ª (BOE nº 263, de 31 de octubre de 2008).

26 ARAGÓN, M.: «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 85, enero-abril 2009, pág. 19.

hacer prevalecer de modo absoluto la dimensión «objetiva» del recurso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico.

Una interpretación que, en última instancia, permitiría trasladar a nuestro órgano de Justicia Constitucional la pregunta que ciertos autores se han formulado respecto del uso del *writ of certiorari* por parte del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, «el *certiorari*, que permite al Tribunal la selección de las cuestiones que desea decidir, ¿le faculta también para elegir su función?»<sup>27</sup>.

SUSANA RUIZ TARRÍAS  
*Profesora Contratada Doctora  
 de Derecho Constitucional  
 Universidad de Almería*

\* \* \*

ABSTRACT: *The author approaches the reform of the admission procedure of the Constitutional appeal for legal protection dealt with in the Organic Law of 6/2007 of 24th May, from the reform of the LOTC, with the intention of offering interpretative instru-*

*ments, which would prevent a complete «objectivation» of the appeal for legal protection in our legal system through experiences of the Supreme Court of the USA and the Constitutional Federal Court of Germany.*

RESUMEN: *El autor desarrolla un exhaustivo estudio de la reforma del trámite de admisión del recurso de amparo introducido por la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, contrastando su contenido con las experiencias provenientes de la práctica judicial y la regulación legal llevadas a cabo por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos y el Tribunal Constitucional Federal alemán, con el fin de situar en su contexto, desde el punto de vista técnico-jurídico, la tendencia a la «objetivación» del recurso de amparo que subyace en la reforma mencionada. En particular, son objeto de análisis las posibilidades interpretativas del requisito de la «especial trascendencia constitucional» contenido en el art. 50.1.b) LOTC, que posibiliten la subsistencia en nuestro ordenamiento jurídico de la dimensión «subjetiva» del recurso de amparo constitucional evitando, al mismo tiempo, la situación de «bloqueo funcional» de nuestro Alto Tribunal.*

KEY WORDS: *Spanish Constitutional Court. Constitutional appeal. Admission procedure. Reform of LOTC.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Constitucional. Recurso de amparo. Trámite de admisión. Reforma de la LOTC.*

27 AHUMADA RUIZ, M.<sup>a</sup> A.: «El «*certiorari*». Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos». *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pág. 94.

VERA SANTOS, José Manuel: *Las Constituciones de España*. Navarra, Thomson-Civitas, 2008. 760 págs.

El autor, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos, acaba de publicar esta obra referida al constitucionalismo español que, formalmente, sigue el guión que adoptó ya en anteriores trabajos tales como *El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía* (CEPC, 2002) o *Las Constituciones de Francia* (Tirant lo Blanch, 2005). Una metodología que, como recuerda Pedro González-Trevijano en su *Prólogo* y el propio autor reconoce, viene referenciada a la utilizada por el Profesor de Esteban en sus conocidas obras referidas al constitucionalismo histórico español y extranjero publicadas por la Universidad Complutense de Madrid, Taurus y el Centro de Estudios Constitucionales; guía académica que también se deja notar respecto a cuestiones sustanciales del trabajo que vamos a criticar. Vayamos por partes.

Efectivamente, nos encontramos ante un trabajo que, en su forma, y dejando aparte la introducción y la breve referencia que se realiza al sistema político resultante de la aprobación de la Constitución de 1978, divide el constitucionalismo español hasta el advenimiento de la democracia actual en cinco etapas (iniciación, reafirmación, fase revolucionaria, doble restauración y autoritarismo); y dentro de cada una de ellas nos ilustra con una cronología con la que enmarca

el devenir jurídico-político y que abre la puerta a un estudio preliminar de cada una de las precitadas fases. A renglón seguido el autor incluye unos cuadros sinópticos explicativos de las conclusiones adoptadas y concluye con la inclusión de los correspondientes textos constitucionales (o de rango constitucional) del periodo.

Y observamos ya un elemento definidor de esta obra: el autor se olvida de lo «políticamente correcto» y trae a colación numerosos textos constitucionales que la mayoría doctrinal había olvidado por unos u otros motivos: desde el Estatuto de Bayona hasta el proyecto de Primo de Rivera, los tratadistas obviaron proyectos y textos que, considero con el autor, resultan de interés para definir realmente tanto el tortuoso sendero andado por nuestro constitucionalismo como las influencias recibidas por textos variados, proyectos y reformas no realizadas en las Constituciones que sí gozaron de vigencia. Y es que, después de una lectura pausada de las cerca de quinientas notas a pie de página con las que Vera Santos sazona sus explicaciones nos damos cuenta de la meritada influencia, así como de la relevancia de unos «intentos» constitucionales que, a pesar de quedar en eso, en «intentos», conforman una paleta cromática mucho más amplia de la visión bipolar que siempre hilvana nues-

tro estudio de los doscientos años de constitucionalismo.

Y si lo anterior es cierto, referido a cuestiones formales, de recopilación de textos, no cabe duda que de mayor importancia se nos plantea la estructuración esencial, material que alumbró la obra: porque si bien es cierto que parte de la estructuración temporal cíclica que De Esteban desarrollase, la misma viene trufada por un hilván que establece la vinculación existente en una especie de constitucionalismo español común, «básico», como se observa a partir del entramado que el autor destaca, tanto en el ámbito dogmático como en el institucional, cotejando las Constituciones de 1837 y 1845 hasta la de 1876, Texto este último en el que se acrisola, en complejo eclecticismo, el acervo constitucional basado en un liberalismo doctrinario y democrático. Para ello Vera Santos destaca dos elementos definidores en los que basa su teoría: en primer término aparece como cuestión esencial el sujeto de la soberanía, dueto Monarca-Cortes que perturba un *tertium genus*: la soberanía compartida. A partir de esta primera piedra se explica todo el andamiaje institucional posterior: bicameralismo o monocameralismo, relación o separación estricta de poderes, flexibilidad o rigidez en la reforma, responsabilidad ministerial, etc. En segundo término considera que el reparto territorial del poder, la vertebración y división «horizontal» a la que alude Loewenstein, constituye el otro tema polémico, sobre todo desde el ámbito político, mucho más que desde su plasmación constitucional hasta fechas muy recientes.

*Nilhil novo sub sole.* Si volvemos la vista a los clásicos elementos definidores del Estado, el pueblo, el territorio y el poder calificado como soberano, como reiteran desde Kelsen a Lucas Verdú, las discusiones entre el sujeto de la soberanía, la conformación territorial y la democratización del poder son el trípode

básico para la definición de un Estado como constitucional democrático. Otra vez destaca Vera Santos la importancia del conocimiento de las cuestiones básicas de la Teoría del Estado y de la Constitución para poder construir unos basamentos que sujeten realmente el siempre renqueante edificio societario.

Es así que para Vera Santos, Cánovas y Sagasta, Espartero y Narváez suponen, ejemplifican dos orientaciones diferentes dentro de un constitucionalismo común básico que, eso sí, entiende de manera matizada, los postulados liberales provenientes de las revoluciones burguesas, postura ésta que también defiende Vera Santos respecto al constitucionalismo francés en *Las Constituciones de Francia*, y que se podría propugnar del alemán. De lo contrario, la exclusión del constitucionalismo doctrinario, de la soberanía compartida, del constitucionalismo pactista alemán y de las Cartas francesas, supondrían una capitidismación del acervo constitucional europeo que, efectivamente, se diferencia del americano por esa lucha no sólo teórica sino práctica entre dos legitimidades: la regia y la nacional, y dos estructuras institucionales: la Corona y las Cortes.

Después de destacados los aspectos más relevantes del apartado introductorio (págs. 21-28), vayamos a la recensión concreta de las diferentes etapas constitucionales, del contenido concreto de la obra. Como es obvio, haremos hincapié en aquellas cuestiones más relevantes: lo contrario nos llevaría a realizar un resumen material insulso que, sobre todo en este caso, no se correspondería con un volumen que aporta cuestiones muy sugerentes, como a continuación destacamos.

Y comienza el autor siendo «políticamente incorrecto» estudiando el Estatuto de Bayona (págs. 37-44) como inicio del constitucionalismo español, algo en lo que continua la estela creada desde su tesis doctoral y seguida en los artículos es-

critos en una obra colectiva y en el número 66 de la Revista de Derecho Político. «Hito relevante asumible por los constituyentes de 1812» (Solé Tura o Núñez Rivero y Martínez Segarra), «estímulo» del constitucionalismo gaditano (Torres del Moral), su «carácter escrito y sus principios reformadores» (Merino Merchán) no hacen sino incidir en esa consideración del Estatuto de Bayona como inicio del constitucionalismo español. Mucho más si se comparte la opinión de Varela Suanzes-Carpegna respecto a que en el texto estudiado se perciben los principios básicos que luego desarrollaría nuestro liberalismo más conservador.

Del estudio de nuestra tan traída y llevada Constitución de 1812 (págs. 45-59), aquella de «vida azarosa» que escribiese Sánchez Agesta, Vera Santos destaca —matizando a los panegiristas de la misma—, su escasa y «apasionada» vigencia (págs. 46 y 57), así como su también raquíta incidencia en la práctica del constitucionalismo liberal del siglo XIX (nota 136). Y es que, a veces, el mundo ideal platónico no proyecta bien sus «sombras» a la realidad. Quizás no cupiese otra opción a nuestros constituyentes para alejarse de la Monarquía fernandina pero, sin olvidar el carácter de magisterio que las Constituciones primeras demostraron en toda Europa, el mismo a veces caló más en unos países que en otros. Considera, en fin, Vera Santos, que más que a lo escrito en el texto gaditano, los principios liberales que estructuraron nuestro constitucionalismo decimonónico son los provenientes del liberalismo revolucionario galo (cuya influencia, por cierto, destaca con magnífica claridad en el primer constitucionalismo español), principios éstos más generales, propios de la Ilustración y no encorsetados únicamente a su plasmación concreta en el texto de 1812. Una vez derogada resultó ensalzada (por las correspondientes minorías políticas, no nos engañemos), aquella Constitución tan denostada en

sus inicios (vid. nota 133, muy ejemplificadora). El autor, en la página 59 indica que «más española no podía ser esta Constitución ni tampoco, lamentablemente, el comportamiento de sus coetáneos». Una crítica melancólica que aparece en más ocasiones al aludir a ese carácter cainita a veces, casi siempre parcial, de nuestro constitucionalismo.

El Estatuto Real de 1834 (págs. 59-65) y sus diferentes proyectos de reforma que suponen los proyectos de la sociedad isabelina, e Istúriz (que supone una clara influencia para los constituyentes de 1837), así como la denominada Tabla de Derechos (págs. 66-69) comprenden el siguiente epígrafe de esta primera fase. Amén de destacar la influencia en el comienzo de nuestro liberalismo «pactista» moderado del constitucionalismo francés de la Carta de 1814, y tal como destaca la mayoría doctrinal, Vera Santos incide, esta vez coincidiendo con ella, en la aparición de las prácticas propias de un sistema parlamentarista y del inicio del moderantismo español.

Pasamos así a la fase de reafirmación constitucional de un liberalismo que, a veces escorado hacia un lado, a veces hacia otro, va a constituir la médula del constitucionalismo histórico español. Así lo concibe Vera Santos, rompiendo en cierto modo, con la zigzagueante teoría pendular clásica. Vamos a ver los diferentes textos constitucionales y abundaremos en la argumentación del autor.

Cuando se estudia la Constitución de 1837 (págs. 197-208) se observa que supone el primer paso en un constitucionalismo doctrinario, pactado, transaccional, conciliador, como reflejan Fernández Segado o Torres del Moral (pág. 198), alejado de Cádiz y más cercano al moderantismo de 1845. Así la alusión a la soberanía nacional se recoge en el preámbulo (y no en el artículo 3 como en el caso de la Constitución de 1812) y de una manera tangencial, quizás utilizada como excusa teórica toda vez que se

rompió con el Antiguo Régimen. En la práctica, del articulado consiguiente nos encontramos ante un texto constitucional flexible, en el que la potestad legislativa aparece compartida entre el Rey y las Cortes, cuestiones éstas que denotan el carácter compartido de la soberanía y el establecimiento de un régimen parlamentarista. Como más adelante se señala, la propia presencia de casi la literalidad del articulado de este texto en los fechados en 1845, 1869 y 1876, además de en los correspondientes proyectos de reforma, hace al autor ratificarse en su tesis: menos gaditana y más doctrinaria la Constitución de 1845 constituye el primer paso codificado, con el precedente que supone el Estatuto Real, del constitucionalismo prevalente en nuestro país. 1837 supone la apertura hacia 1845 y, sobre todo, el olvido del liberalismo radical de 1812.

La Constitución de 1845 (págs. 208-214) dota de continuidad al liberalismo doctrinario escorado hacia el lado más conservador. El cotejo literal del articulado con el correspondiente al texto constitucional anterior no deja muchas dudas, eso sí, con las excepciones de la confesionalidad del Estado, la supresión del jurado en los delitos de imprenta o la desaparición de la autoconvocatoria de las Cortes. Basado en el principio de una soberanía compartida que también aparece en el preámbulo, con Torres del Moral podemos decir que el mismo «discrepa en la superficie pero coincide en el fondo» con el sistema de 1837 (pág. 210). La Constitución de 1845 sufrió numerosos intentos de reforma que Vera Santos estudia y recoge entre los textos que aporta: el proyecto de Bravo Murillo, el de Roncalli, la «non nata» de 1856, el Acta Adicional de O'Donnell, la reforma de 1857 y la Ley Mon.

En las páginas 225 y 226 el autor establece la ruptura del constitucionalismo liberal radical proveniente de la Isla de León en 1812, a partir de las obras de

1837 y 1845. La Constitución de 1837 no supone una reforma de la de 1812 sino un nuevo texto constitucional basado en la transacción que posteriormente se atempera desde la óptica conservadora en el texto moderantista de 1845. Se trata de Constituciones breves, alejadas del reglamentismo gaditano, en las que se sistematizan los derechos fundamentales, se aboga por el bicameralismo frente al monocameralismo de 1812 y, por ende, se establece un sistema de colaboración de poderes, tal y como ocurre en las Constituciones galas de 1814 y 1830 en la belga de 1831, con un Rey que nombra a unos ministros que deben gozar también de la confianza del Parlamento. Nos encontramos ante el principio de soberanía compartida de un «modelo común básico constitucional» que, exceptuando a la Constitución de 1869 y el proyecto de 1873, seguirá prevaleciendo en la Constitución canovista de 1876 llegando hasta la II República. Casi cien años de constitucionalismo español, pues, vienen regidos por este modelo constitucional, aunque curiosamente siempre se destaquen sus inicios gaditanos, el texto de 1869 (junto, como no el proyecto federal de 1873) o la Constitución de 1931. La aplicación ahistórica de métodos e ideas actuales parece olvidar lo obvio que, como siempre y aún a fuer de parecer políticamente incorrecto, Vera Santos recuerda.

La Constitución de 1869 y el proyecto federal de 1873 son los hitos que componen la fase revolucionaria a la que alude De Esteban y recoge el autor. La Constitución de 1869 (págs. 307-315), ejemplo de liberalismo democrático, avanza en la concepción de la soberanía nacional (artículo 32 y preámbulo) alejándose así del modelo prevalente anterior y volviendo a Cádiz. Aboga por el sufragio universal (art. 16) frente a la consideración del mismo como deber y no como derecho que suponía el voto censitario del constitucionalismo anterior. La recepción de una tabla sistemática de derechos y liberta-

des mucho más evolucionados (se consideran naturales e ilegislables), su carácter rígido y la conceptualización de la Corona como un poder constituido más, denotan ese avance en principios básicos. Vera Santos lamenta su corta y complicada vigencia: siendo revolucionaria en su dogmática, en el ámbito político participativo e institucional, la realidad pudo con ella, las desafecciones de los unos y de los otros (como siempre, cada bando por cuestiones diferentes), la tortuosa vida política (atentados anarquistas, búsqueda de Rey, carlismo, insurrección colonial...) la Constitución quedó rápidamente en el «hospicio» de nuestro constitucionalismo.

En las páginas 315 a 321 encontramos la exégesis del proyecto de Constitución federal y republicano de 1873. Este texto que, recordemos, no paso de ser un mero proyecto a pesar de su gran enraizamiento como precedente constitucional (algo que no ocurre con la «non nata» de 1856, por ejemplo) presenta algunas sombras que Vera Santos nos recuerda. Su elevado nivel de ideologización llevó a que en plena discusión de la Constitución de 1931 dicho texto, antes que de ejemplo, sirviese de todo lo contrario como modelo de República y de vertebración federal para los constituyentes segundorepublicanos, como indica el autor en la página 398. Los principios republicano y federal sobre los que pivota el proyecto que estudiamos, desembocarían en la conceptualización de la forma de Estado republicana como una forma de gobierno de unos contra otros, al igual que el federalismo «desde arriba» derivó en el movimiento cantonal del ¡viva Cartagena! Es cierto que nos hallamos ante una convulsa etapa (otra más) de nuestra historia. Pero también lo es que este proyecto no colaboraba en exceso a la racionalidad de la misma. «La República llega por donde menos esperábamos», dice el propio Pi i Margall, ante la dimisión del Rey, obviando las prohibición de reunión conjunta de unas Cámaras que, ayer

monárquicas, hoy proclamaban la República; olvidando que la Constitución de 1869 requería que la renuncia regia fuese admitida por el Legislativo (el Rey era un poder constituido más); olvidando que el texto de 1869 requería para su reforma un proceso rígido. En dicho marco político, no es de extrañar que, junto a la existencia de cuatro Presidentes de la República en sólo diez meses, dentro de las previsiones de una Constitución monárquica, el proyecto quedase en eso: Pavía, Serrano, Martínez Campos y Cánovas harían el resto ante un pueblo español hastiado por una situación política y constitucional tan irracional.

Se vuelve así a la fase de la Restauración, en primer término, de la Monarquía, en la figura del hijo de Isabel II, Alfonso XII. Se aprueba la Constitución de 1876, consideradas por muchos como la vuelta al régimen de 1845, pero que Vera Santos, siguiendo a Martínez Sospedra, califica como «precipitado de la tradición constitucional que le precede», aunando pues no sólo el liberalismo doctrinario (1837-1845) sino incluyendo también elementos del liberalismo democrático de 1869. Así, en su parte dogmática mezclará la literalidad de las declaraciones de 1837-1845 y la de 1869, predominando esta última, bien que el ejercicio de los derechos sea sometido a veces a determinado regulación, tal y como ocurre con el derecho de sufragio; la regulación del Senado asume los textos de 1845 y de 1869, texto que también influye en la regulación del Ejecutivo o de la Cámara Baja. Muy recomendable es la lectura de las notas 390 y 391 en las que encontramos suficientes argumentos al respecto. De cualquier manera, parecería obvio que en 1876 se asumieran las influencias previas: la mera vuelta a la Constitución «madre» de 1837, parecería una quimera.

Así pues, 1876 no es una reedición del liberalismo doctrinario más o menos moderantista, sino también el cruce con

el liberalismo democrático de 1869, bien que el ejercicio práctico de los derechos y libertades y el juego institucional fuera también sujeto a numerosos vaivenes en los que prevaleció un sentir doctrinario que, todo sea dicho, junto al turno pactado de partidos y la participación regia en la vida política, puso fecha de caducidad a un sistema ya superado en el ámbito político y constitucional europeo.

Después del estudio del Anteproyecto de Primo de Rivera, cuya literalidad se recoge en la obra, el autor aborda el estudio de la Constitución española de 1931. Y como ocurría en el estudio de la Constitución gaditana, Vera Santos se aleja de la hagiografía constitucional y política que rodea al texto republicano (como en el caso gaditano, posiblemente para oscurecer sistemas pretéritos), olvida la corrección política y basándose en numeroso aparataje doctrinal, destaca también los numerosos errores técnicos y políticos, en su nacimiento y en su aplicación, de una Constitución que, nuevamente, fue utilizada como quijada cainita, excusa excluyente, elemento totémico no sometido a crítica alguna. Una Constitución que importa a España principios de la democracia europea del siglo XX (inclusión de los derechos sociales, el control de constitucionalidad, la implantación de la soberanía popular, el posible sufragio universal femenino —no logrado hasta la llegada al poder de la CEDA, frente al discurso «oficialista» predominante...), pero que fue utilizada por antidemócratas de izquierda y de derecha; una Constitución profesoral, también, pero con enormes «agujeros negros» teóricos como las atribuciones del Presidente de la República, el monocameralismo dentro de un sistema que se pretende descentralizado, o un Tribunal de Garantías Constitucionales elefantiaco y absolutamente politizado. Si, además, las ideas predominantes, tanto en Europa como en España eran, de una u otra manera, el fascismo y el comunismo, esas dos enor-

mes dictaduras que asolaron y aún hoy asolan inmensos territorios, se entenderá porque de la desaparición en esta etapa —y lo que es peor, en esta Constitución—, de consensos, de acuerdos, de espíritu de concordia. Nuevamente, ni los autores ni la obra estuvieron a la altura.

Muy interesantes resultan, llegados a este punto, las notas a pie de página, absolutamente ilustrativas de las cuestiones que el autor critica del texto constitucional (por ejemplo, notas 407, 408, 410, 428, 429, 442 o 444): veinte días de «discusiones» en el seno de una Comisión Constitucional (por cierto, escorada absolutamente hacia la izquierda marxista a causa del sistema electoral) que en ningún caso intenta lograr consenso alguno; unos pruritos técnicos que alejan el texto de las necesidades sociales, el extremismo político y religioso (que lamentablemente se vería potenciado en la calle)... . Como defensor del bicameralismo Vera Santos critica el unicameralismo y su consecuencia, el asamblearismo reinante en este republicanismo patrio, mucho más si se hubiese querido estructurar adecuadamente el «Estado integral» dentro de las instituciones nacionales. La utilización torticera, decíamos también, del sufragio femenino con la permisividad del mismo por la ley electoral en su vertiente pasiva hasta la llegada al poder de la oposición derechista en 1933; la absolutamente desafortunada utilización del artículo 81 para proceder a la destitución del Presidente Alcalá Zamora encumbrando a uno de sus muñidores, Azaña... son cuestiones todas ellas que ejemplifican con una pluma ágil «aquello que pudo haber sido y no fue». Nuevamente Cañ y Abel, los garrotazos goyescos..., los hermanos Machado, como ejemplo de las dos Españas. Y unos políticos, la mayoría, atendiendo las consignas del primer fascismo y de un socialismo marxista triunfante. Con esos autores, no se podía esperar obra buena. El demócrata era un sentir desprestigiado, el civismo se perseguía, la

razón dejaba paso a la infamia, las persecuciones y los asesinatos. Cita Vera Santos a un Ortega que ya el 6 de diciembre de 1931 clamaba «no es eso, no es eso», refiriéndose a la obra constitucional y política republicana; precisamente aquél Ortega que anunciaba trece meses antes «delenda est monarquía», mirando con esperanza la llegada de una república que ni siquiera en sus orígenes teóricos, fue concebida como una forma de Estado de todos y para todos. ¡Qué pena de España!

Y peor resultó el remedio que la peligrosa enfermedad. Cuarenta años de dictadura franquista, nuevo ejemplo de la negación del acuerdo de todos y para todos, régimen que el autor estudia en las páginas 515 a 524 y cuyas Leyes Fundamentales también incorpora a la obra para no olvidar un periodo histórico lamentablemente tan duradero.

Sí nos parece destacable la correcta aproximación al periodo de la transición política, periodo del que destaca, muy en la línea de su discurso vertebrador, el consenso, el acuerdo alcanzado, como elemento capital del actual constitucionalismo. Quizás, por el contrario no resulte necesaria la aproximación demasiado sintética a la Constitución de 1978, algo que sólo se entiende como ejemplo de constitucionalismo superador del enfrentamiento fratricida patrio, como culmen de un constitucionalismo que ha dado demasiados bandazos.

En conclusión, nos encontramos ante una obra «poliédrica», mezcla de compilación de textos constitucionales (el autor se sincera al destacar que si bien se enmarcan en ella textos variados, la crítica a la misma puede venir referida a la falta de otros, algo que justifica en la propia esencia del estudio) y de un excelente trabajo académico, tanto investigador como docente. *Las Constituciones de España* sirven no sólo como compendio normativo de textos de rango constitucional sino también como magnífico instrumento docente para un primer y am-

plio conocimiento de nuestra historia constitucional (apoyados en sus cronologías y cuadros resumen), sin obviar el interés académico y de investigación que la obra de Vera Santos supone por los motivos antes apuntados. Excelente obra que sirve de llamada de atención no ante el esencial e indiscutible carácter jurídico de nuestra materia de conocimiento, sino ante un positivismo ramplón que se olvida de que el Derecho constitucional no puede entenderse sin su apoyo en elementos de la Teoría del Estado, de la Constitución o, como ejemplifica y constata Vera Santos, en la historia.

Y si es cierto aquello de que la historia la construyen los hombres, podemos concluir que, en el caso español, frente al deseo de algunos, otros muchos se opusieron a que nuestra historia constitucional resultase ejemplar, al menos tal y como hoy la deseáramos, como elemento vertebrador de la realidad social y sede de los consensos básicos necesarios para la convivencia. Que este pasado apasionado y apasionante, como dice el autor, nos sirva, utilizando la terminología de González-Trevijano en el *prólogo* de la obra, para que no vuelvan los güelfos y los gibelinos, para desterrar a los montescos y los capuletos y con ello lograr que sus hijos puedan unirse en un largo maridaje que nos permita a todos gozar de una España constitucional, de una España en libertad en la que el adversario político sea sólo eso: una parte esencial de nuestro sistema institucional.

JOSÉ MARÍA CAYETANO NÚÑEZ RIVERO  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional*  
UNED

\* \* \*

ABSTRACT: *The author takes into consideration our two hundred years of constitutionalism, classifying itself in five phases: beginning, reaffirmation, revolutionary phase, double restoration and authoritarianism. Don't forgetting in this compendium texts that had zero o minimum life however had*

*influence in our historical period. That is the case of Estatuto de Bayona o Proyecto de Primo de Rivera that influenced so much dictatorial Franco period. Highlite in the writing together with the analytic character the extense use of original texts and criticism's sense that author applies for our constitutional past. Somehow too much demanding with our 1931 text and too kind because of emotional charge with our constitutional present times.*

RESUMEN: *El autor aborda nuestros doscientos años de constitucionalismo, clasificando el mismo en cinco periodos: iniciación, reafirmación, fase revolucionaria, doble restauración y autoritarismo, no olvidando en su compendio, textos que aunque tuvieron nula o escasa vigencia, no por ello dejaron de tener trascendencia en nuestro devenir histórico,*

*tal es el caso del Estatuto de Bayona o el Proyecto de Primo de Rivera, que tanta influencia tuvieron años después en el periodo franquista; destaca en la obra, junto al carácter analítico de la misma, el profuso manejo de los textos originales y el sentido crítico que el autor ejerce sobre nuestro pasado histórico constitucional, acaso demasiado exigente con el texto de 1931 y benevolente en demasía, por su gran carga de ilusión, con nuestro presente constitucional.*

KEY WORDS: *State. Constitution. Internal constitution. Doctrinal liberalism. Federalism. Integral-total state. Authoritarianism. Political transition.*

PALABRAS CLAVE: *Estatuto. Constitución. Constitución interna. liberalismo doctrinario. Federalismo. Estado Integral. Autoritarismo. Transición política.*

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 418 págs.

Quizá sea oportuno comenzar planteándose el sentido y el valor de investigaciones tan profundas como la realizada por la Profesora Queralt. Al menos podríamos encontrar dos tipos de razones que otorgan un especial mérito a este estudio. En primer lugar, la creciente internacionalización de los derechos, que trae causa de la internacionalización de las relaciones humanas y del propio constitucionalismo. En segundo término, las dificultades que ostenta el intérprete jurídico de las normas constitucionales, con mucha más razón, el de las normas que contienen derechos. Dos perspectivas que, como veremos, se entrelazan y hacen de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo una herramienta básica en el actual constitucionalismo. Algo que nos recuerda oportunamente el libro recensionado.

1) Han sido muchos los autores que han observado la creciente internacionalización de las relaciones económicas y políticas, con ello, la emergencia de espacios supranacionales; algo que ha ocurrido también en el ámbito de los derechos fundamentales. Como observa Díez-Picazo, «tras su afirmación con las revoluciones liberales, las declaraciones de derechos han ido evolucionando, señaladamente a lo largo del siglo XX. Esta evolución se ha producido en dos sentidos: ampliación e internacionalización

(...). La internacionalización (...) surge tras la Segunda Guerra Mundial y, en gran medida, debido a las atrocidades de la misma. Algunos textos capitales proceden de la iniciativa de las Naciones Unidas (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966); pero también es muy importante la experiencia regional, en la que destaca como modelo de eficacia práctica el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>28</sup>. Como demuestra el trabajo de la Profesora Queralt, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sito en Estrasburgo ha ido elaborando a través de las sucesivas interpretaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos una suerte de *aquis communitaire* en materia de derechos; que sin lugar a duda ha permeado la elaboración jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de derechos y permea la forma de concebir e interpretar los derechos en los diferentes órdenes constitucionales de los Estados miembros del Consejo de Europa. Así, también en el orden constitucional español y en con-

28 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, págs. 29, 30

creto en su Tribunal Constitucional. Y ello no sólo, como mantiene la profesora Queralt, merced a lo impuesto por el artículo 10.2 CE, sino por el propio efecto vinculante del Convenio y de la interpretación que del mismo realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2) Desde un principio, al menos en la doctrina constitucional española, se observó la trascendental parcela de análisis que supone la interpretación constitucional, concretamente la interpretación jurídica de nuestra Carta Magna. Como es de sobra conocido, el primer y más importante intérprete de la Constitución es el legislador; la Constitución es, pues, una norma jurídica que remite en primera instancia a un intérprete político. Pero el segundo intérprete privilegiado, dentro de la conocida sociedad abierta de intérpretes constitucionales que propone Häberle<sup>29</sup>, es el Tribunal Constitucional: puede incluso revisar la interpretación que de la Carta Magna realice el legislador; su interpretación, a diferencia de la de éste, ha de ser exclusivamente jurídica. El problema de cómo realizar esta interpretación es crucial en el constitucionalismo. Ciertamente, se puede salvar el problema alegando que el método que ha de emplearse es el método jurídico, guiado por razonamientos objetivos y contrastables. Pero con ello tampoco parece que resolvamos el problema que ya planteaba Schmitt a la interpretación que realiza el tribunal constitucional de la Constitución: la imposibilidad de garantizar jurídicamente la Constitución y al mismo tiempo asegurar certeza jurídica. Es cierto que en el específico ámbito de los derechos fundamentales se han ideado diferentes métodos con vistas a concretar jurídicamente el contenido de estos derechos:

en las constituciones de nuestra época se ha insertado la noción de contenido esencial, y más recientemente el de proporcionalidad. Principios, en cualquier caso, que han sido objeto de crítica, precisamente por las dificultades que tienen para generar certeza jurídica. En cualquier caso, lo cierto es que si bien no pueden ofrecer plena certeza sí ponen a disposición del intérprete unas herramientas útiles para fundamentar los razonamientos jurídicos. Las apelaciones a la forma de argumentar e interpretar de tribunales supranacionales pueden insertarse de igual modo en esta línea de auxilio a fundamentar el respectivo razonamiento jurídico que explique, en nuestro caso, el contenido de un derecho concreto.

Las dos razones expuestas se yuxtaponen y se imbrican recíprocamente. La internacionalización de los derechos es precisamente la causante, en palabras de Häberle, de añadir a los cuatro métodos tradicionales de interpretación de Savigny un quinto método, el método comparado<sup>30</sup>. Y así, de hacer de las apelaciones a los razonamientos y formas de argumentar del TEDH un recurso necesario en la actual práctica e interpretación que nuestro supremo intérprete constitucional debe realizar de los derechos.

### *La estructura de la obra*

No nos encontramos ante una mera relación de argumentos tendentes a reforzar el valor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y menos aún de una yuxtaposición más o menos sistematizada de resoluciones del Tribunal de Estrasburgo. Lo

29 HÄBERLE, P, «La sociedad abierta de intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y «procesal» de la Constitución», *Retos actuales del Estado constitucional*, Vitoria: IVAP, 1996, págs 15-46

30 HÄBERLE, P, «Efectividad de los derechos fundamentales», LÓPEZ PINA, A, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid: Cívitas, 1991, págs. 271-273

que el estudioso del Derecho constitucional y de forma más amplia del Derecho Público hará bien de leer es un análisis completo, exhaustivo y sistemático del valor de la jurisprudencia del TEDH en el espacio europeo. Ámbito que este propio tribunal, merced a la interpretación que ha realizado del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha contribuido de forma decisiva a crear. La obra se puede dividir en dos partes claramente diferenciadas. En primer lugar, explica el valor del que gozan las sentencias del TEDH y los efectos que tal jurisprudencia ha generado en el espacio europeo en el que se ha proyectado; a ello dedica los tres primeros capítulos. En una segunda parte analiza específicamente la incidencia de esta jurisprudencia en el orden constitucional español y en concreto en su Tribunal Constitucional; los capítulos IV, V y VI se afanan en esta tarea.

Como hemos señalado anteriormente, una de las tesis de la obra, que adelanta desde un comienzo, es que la incidencia del canon europeo se debe a un efecto externo a los propios ordenamientos; trae causa de la naturaleza jurídicamente vinculante de los efectos interpretativos del TEDH. Comienza exponiendo las razones y los efectos de esa vinculatoriedad. Si en el primer capítulo se explican los rasgos esenciales que determinan el contexto en el que el TEDH ejerce su función de garante de los derechos y libertades, en el segundo esboza los argumentos que permiten concluir que los efectos interpretativos de las decisiones del TEDH son jurídicamente vinculantes. Dedicar un tercer capítulo a explicar cómo se produce en los ordenamientos europeos esta incidencia de los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH.

La segunda parte del libro comienza con un estudio general sobre la incidencia de los efectos interpretativos de las sentencias de Estrasburgo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Como es conocido, Sáiz Arnáiz,

miembro del tribunal de la tesis de la que trae causa el libro recensionado, estudió de forma exhaustiva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de las décadas de los ochenta y de los noventa que incorporaba este canon europeo<sup>31</sup>. La Profesora Queralt, tomando como referencia esta investigación, analiza las resoluciones del TC posteriores a esta fecha. Los dos últimos capítulos se orientan a estudiar con más detalle los derechos y libertades afectados con mayor frecuencia por el canon europeo. En el capítulo quinto, concretamente, se analizan los derechos y libertades respecto de los que el Tribunal Constitucional ha utilizado el canon europeo. En el último capítulo se exponen aquellas sentencias dictadas en amparo por el Pleno del Tribunal Constitucional que han supuesto una modificación de la jurisprudencia constitucional provocada por la necesidad de compatibilizarla con el canon europeo.

#### *Primera parte. Los efectos vinculantes de la actividad hermenéutica del TEDH*

La tesis defendida por la profesora Queralt es clara: la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos trae causa de su propia configuración como supremo garante e intérprete de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ello ha contribuido de forma decisiva a crear un espacio público europeo de respeto y garantía de los derechos humanos.

Como es conocido, las sentencias del TEDH son declarativas (declaran si se ha vulnerado o no se ha vulnerado el convenio) y son obligatorias: los Estados miembros del Convenio están obli-

31 SÁIZ ARNÁIZ, A, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

gados jurídicamente a acatar las sentencias firmes. Existe incluso un mecanismo de supervisión, residenciado en el Consejo de Ministros. Los medios necesarios para la restitución se pueden deducir de los fundamentos jurídicos. Nos encontramos, pues, ante un verdadero tribunal que tiene por misión garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Es cierto, como acepta la profesora Queralt, la inexistencia de voluntad política para convertir al TEDH en un tribunal constitucional en el ámbito europeo (pág. 45); pero esto no empuja la creciente tendencia a reforzar el carácter obligatorio de sus sentencias. Precisamente el Protocolo nº 14 del CEDH de 13 de mayo de 2004 se orienta a dotar de mayor efectividad el sistema de garantía del Convenio. En cualquier caso, importa el carácter jurídico y por lo tanto obligatorio de los razonamientos y de la forma de argumentar del tribunal. Lo cierto es que, observa la profesora, no hay un acuerdo sobre la vinculatoriedad de los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH (pág. 71). Parte de la doctrina niega tal vinculatoriedad precisamente por la inexistencia de una acción semejante a la cuestión prejudicial comunitaria. Pero existen nuevas tendencias doctrinales que subrayan la vinculatoriedad jurídica de la autoridad interpretativa. El CEDH ha atribuido al TEDH la función de interpretar de forma auténtica el Convenio y esto sólo puede llevarlo a afecto si se le reconoce tal carácter.

La profesora Queralt afirma la vinculatoriedad jurídica de los efectos interpretativos de las sentencias de este tribunal. Al menos dos razones justifican en su opinión esta tesis: primero, sólo si su interpretación es jurídicamente obligatoria el TEDH puede ser, como así se lo atribuye el Convenio, supremo intérprete del mismo. Pero en segundo lugar, únicamente de este modo puede ser po-

sible la configuración de un sistema europeo de garantía del CEDH a modo de núcleo de orden público europeo integrado por los valores comunes de esta comunidad. Es cierto que el sistema europeo de derechos humanos fue inicialmente creado, y de ahí derivó sin duda una de sus principales virtudes y originalidades, conviene no olvidarlo, como remedio frente a las violaciones de derechos infringidas a los particulares; a modo de garantía colectiva de los derechos humanos en Europa. Pero el TJCE se configura también como intérprete preferente del convenio con el objetivo de crear un *aquis communitarie*. En este sentido, el nuevo criterio de inadmisión merced al cual se pretende filtrar mejor las demandas permite centrarse más en el interés general del orden público europeo. Quizá con ello se contribuya a reforzar su condición de intérprete supremo de los derechos en Europa. La jurisprudencia del TEDH, opina Queralt, despliega una doble función: a la de desarrollo del Convenio se une una función armonizadora del estándar relativo a los derechos y libertades en Europa. Respecto a la primera función, resulta necesaria para mantener vivo el Convenio e irlo adaptando a las nuevas y cambiantes circunstancias. En cualquier caso, subraya con acierto la profesora Queralt, esto no debe llevar al tribunal a atribuirse una competencia legislativa en la creación de nuevos derechos que no le corresponde (pág. 95): el desarrollo de los derechos no puede llevarle a crear derechos no contemplados en el Convenio. La vocación armonizadora de la jurisprudencia del TEDH se puede observar, en segundo término, en la necesidad de asegurar un nivel mínimo de garantía. El CEDH es un texto de mínimos, constituido por un catálogo limitado de derechos y libertades. Partiendo de este estándar mínimo el Tribunal despliega un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, pero en ningún caso de uniformización.

*Segunda parte. Recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La profesora Queralt parte, como no podía ser de otra forma, de reconocer la singularidad del ordenamiento constitucional español merced al artículo 10.2 CE. Nos encontramos ante un parámetro interpretativo de la mayor importancia que apela tanto al CEDH como al propio TEDH. El artículo 10.2 CE, en fin, es una cláusula de garantía que dota de contenido a los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna; su contenido, en última instancia, no debe contradecir el forjado en Estrasburgo. En cualquier caso, observa cómo son no pocas las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que hace uso de los instrumentos hermenéuticos que le brinda el sistema europeo de garantía sin mencionar este precepto constitucional. Por otra parte, tampoco son escasas las resoluciones en las que aplica directamente el artículo 10.2 CE sin hacer referencia al CEDH o a la jurisprudencia del TEDH.

Adentrándonos ya en el estudio concreto, importa destacar el gran esfuerzo realizado por la Profesora Queralt, que incluye no sólo un estudio empírico de las sentencias del TC que hacen uso de jurisprudencia del TEDH, sino una muy meritoria categorización de los usos realizados por el Tribunal Constitucional. Por lo que se refiere al estudio empírico, cabe destacar que de las sentencias que dicta nuestro supremo intérprete constitucional entre los años 1999 y 2007 casi un 17, 53 % hacen referencia a los instrumentos de interpretación europeos. Esta cifra supone un aumento notable respecto de la etapa anterior. Además, la mayor incidencia del canon europeo se produce en las sentencias de pleno que traen causa de un recurso de amparo; se suele evidenciar en todas estas resoluciones un deseo del tribunal español de mostrar la

sintonía generalizada de su doctrina con el estándar europeo. En cualquier caso, la apelación a Estrasburgo suele obedecer a una serie de razones: la complejidad del asunto (la tan traída colisión entre los artículos 18.1 y 20.1 CE suele ser causante de un gran número de referencias a la jurisprudencia del TEDH), la falta de precedente claro en la jurisprudencia constitucional, la mayor persuasividad que ofrece a los argumentos esgrimidos, la necesidad de dotar de contenido aprehensible a distintos conceptos jurídicos abiertos; por último, la necesidad de compatibilizar la doctrina del TC con el estándar europeo, pues en ocasiones progresa a un ritmo mayor que el estándar constitucional. Como hemos observado anteriormente, quizá una de las más logradas aportaciones de la obra recensio-nada sea la categorización ofrecida de los usos que hace el Tribunal Constitucional del canon europeo. La categorización propuesta distingue entre usos que el TC hace del canon europeo y formas en los que aquellos se manifiestan. Entre los usos destaca el canon europeo como argumento de autoridad *ad abundantiam*, como argumento de autoridad complementario o la incorporación del mismo como pauta interpretativa o de contenido.

El argumento de autoridad es el más corriente, su finalidad es mostrar la conformidad entre el estándar europeo y el nacional. Pero dentro de este uso hemos de distinguir entre argumento de autoridad *ad abundantiam* y argumento de autoridad complementario. El primero se suma a los argumentos constitucionales, no aporta nada a la motivación jurídica, y suele aparecer normalmente como *obiter dicta*. La forma en que aparece es manifestando la sintonía entre el estándar europeo y el nacional, la cita sucesiva de decisiones constitucionales y europeas, la cita y transcripción de los instrumentos europeos, etc. Nuestro Tribunal Constitucional, en fin, hace uso también de la

cita sucesiva de decisiones constitucionales y europeas o incluso a veces simplemente incorpora la cita europea como una cita autónoma. El uso del canon europeo como argumento de autoridad complementario no incorpora nuevos contenidos a la jurisprudencia del TC pero refuerza especialmente la argumentación o razonamiento elaborados por nuestro supremo intérprete constitucional. Las formas en que se manifiesta son el test de conformidad, las sentencias del TEDH como precedente para asuntos de complejidad fáctica, la presentación en paralelo del canon constitucional y el canon europeo y el canon europeo como guía interpretativa.

La segunda gran categoría de uso del canon europeo, según la Profesora Queralt, es la incorporación del estándar europeo en el estándar constitucional. Se produce un cambio de rumbo doctrinal motivado por la necesidad de compatibilizar ambos estándares de garantía. Pero a su vez es necesario distinguir dos tipos de integración: la de criterios interpretativos y la de contenidos. A través de la incorporación de criterios interpretativos se asume, bien una nueva regla interpretativa, bien una nueva regla de resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Mediante la incorporación de contenidos se puede descubrir un elemento nuevo relativo a un derecho fundamental reconocido en la Constitución no exteriorizado hasta el momento; el ejemplo paradigmático es la STC 119/2001 relativa a las injerencias que determinados factores medioambientales pueden generar en el ejercicio de los derechos del artículo 18.1 CE. En otras ocasiones, el estándar europeo puede implicar un giro en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; por ejemplo, en la STC 167/2000 relativa a las garantías de inmediación y contradicción en segunda instancia penal. El tercer gran uso del canon europeo es el desarrollo de un incipiente *ius commune europeo* en materia de derechos funda-

mentales. El Tribunal Constitucional llega a identificar el canon europeo con la *opinio communis europea* en materia de derechos fundamentales. En cualquier caso, importa destacar la configuración del canon europeo como un estándar mínimo común en Europa. Así lo realiza nuestro alto tribunal, por ejemplo, en su resolución STC 91/2000.

La profesora Queralt, como observamos al exponer la estructura de la obra, analiza al final de la misma los casos en los que se ha producido un mayor uso por parte del Tribunal Constitucional del canon europeo, prestando especial atención a los derechos afectados. Los derechos respecto de los que se ha producido un mayor uso han sido los artículos 18 y 20, a los efectos de concretar posibles vías para solucionar los conflictos entre ambos derechos. Asimismo, las garantías aplicables en el ámbito penal, esencialmente la garantías recogidas en los artículos 17 y 24 CE. Analiza también la incidencia de este canon europeo en asuntos como la independencia judicial (pág. 293), los juicios paralelos (pág. 301), el juicio sobre los GAL (págs. 303-304) o los juicios donde se vio inmerso el derecho a la asistencia letrada (pág. 316); también presta una especial atención a una nueva jurisprudencia constitucional, la que hace referencia a la extradición ejecutiva (STC 91/2000) (pág. 331). La jurisprudencia del TEDH se suele mostrar en estos casos como argumento de autoridad *ad abundantiam* o complementario.

Destaca asimismo la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el ruido. De todos es conocida la STEDH López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994; los daños medioambientales suponen una injerencia ilegítima en el domicilio, por lo que implican una infracción del artículo 8 CEDH. La interpretación restrictiva que realiza el Tribunal Constitucional español de esta jurisprudencia es objeto de crítica. La insistencia del TC en la actividad pro-

batoria supone para la autora del libro recensionado una aplicación restrictiva del canon europeo. También se analiza la incidencia de este canon europeo en la prohibición constitucional de no incurrir en bis in idem (362), la duplicidad material de sanciones (pág. 371) o el derecho al recurso de los fondos (pág. 386).

### *Valoración crítica*

La obra recensionada constituye sin lugar a dudas una contribución de relieve para la disciplina científica. En cualquier caso, quizá quepa realizar ciertas observaciones críticas, que, ni que decir tiene, traen causa del propio interés que la lectura del libro ha causado al recensionante. Observa Hesse cómo la creciente internacionalización de los derechos no ha conducido a un entendimiento común y único de su contenido<sup>32</sup>. Sin embargo, lo que sí ha traído consigo es un innegable efecto benéfico: la introducción de *standards* mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos. El valor de la jurisprudencia del TEDH es en este sentido decisiva. A esta función se añade, al menos, otra más, nos dice la Profesora Queralt: la función armonizadora.

Pero quizá quepa en este extremo una cierta puntualización. El TEDH ha desplegado una tarea de armonización de los derechos en Europa; tarea que ha incidido no sólo en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales europeos, sino en el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El estudio realizado

por la Profesora Queralt es encomiable; pero quizá deberíamos también tomar conciencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no está sólo y está llamado a incidir y relacionarse no sólo con los Tribunales Constitucionales de los Estados europeos, sino también con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algo que observó desde un primer momento Rodríguez Iglesias: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al elaborar de forma pretoriana una jurisprudencia protectora de los derechos humanos, se inspira precisamente en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>33</sup>. Quizá deba atenderse también a las potencialidades que encierra este último tribunal, manifestadas ya en el siglo pasado mediante la elaboración pretoriana de tal jurisprudencia protectora de los derechos. La doctrina constitucional ha estudiado con especial interés el proceso de integración europea, y ha denunciado la erosión que este proceso produce al Estado, no ofreciendo un espacio público alternativo que pueda asegurar como aquél los principios constitucionales en un determinado territorio. Pero también se ha analizado este proceso de integración a partir de las posibilidades que puede ofrecer para formar ese espacio público alternativo al Estado que asegure los valores y principios constitucionales en las actuales condiciones<sup>34</sup>. Ciertamente, se ha criticado la inexistencia en la Unión Europea de una carta de derechos. Pero ya existe tal carta de derechos y de ello se pueden derivar consecuencias no

32 «Este avance universal de los derechos fundamentales en modo alguno excluye sea diferencias materiales, sea diferencias en su concepción o en sus garantías», HESSE, K, «Significado de los derechos fundamentales», BENDA, E; MAIHOFFER, W; VOGEL, H; HESSE, K, HEYDE, W, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2001, pág. 84.

33 RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C, «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales», *RDCE* n° 2, 1997, pág. 341.

34 Cfr. A modo de ejemplo, LÓPEZ PINA, A, *Europa, un proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Madrid: Dykinson, 2004.

menores en el proceso de construcción política de la Unión Europea. La nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea otorga a este tribunal un documento a interpretar, aplicar y desarrollar de la mayor importancia. Desde 1950 existía una carta de derechos en el espacio europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha encargado de interpretar, aplicar y desarrollar. El nuevo espacio público europeo centrado en el hombre y sus derechos debería estar así mediado por la interrelación entre estos tribunales.

Es cierto, y seguramente muy deseable, el reforzamiento cada vez mayor de la eficacia vinculante de las resoluciones de algunos de los tribunales internacionales, sobre todo del TEDH. Nos podemos encontrar ante una fuente jurisprudencial de la mayor importancia y esto parece especialmente necesario en una sociedad como la nuestra, que deviene cada vez más abierta al exterior y a espacios supranacionales<sup>35</sup>. Lo que puede resultar más cuestionable es que tal reforzamiento tenga su razón de ser exclusivamente en la propia eficacia intrínseca del valor de las declaraciones internacionales de derechos y de los tribunales internacionales. No deberíamos olvidar el valor decisivo, quizá tan importante como el anterior, que tienen también las decisiones constitucionales de apertura al exterior, verdaderas cláusulas que explican el sentido del vigente constitucionalismo; en nuestro caso, el artículo 10.2 CE, por lo que se refiere al valor, entre otros del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, y el 93 CE, por lo que atañe a la apertura del orden constitucional español al proceso de integración europea.

En cualquier caso, lo cierto es que el valor de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es cada vez mayor y la incidencia en nuestro Tribunal Constitucional es también creciente. La propia tarea que ha desplegado el TEDH de supervisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es menor. Y ello debe tener cada vez más importancia en una sociedad en la que, como observa el director de la tesis de la que trae causa el libro reseñado, el Prof. Albertí, hace «tiempo que los derechos fundamentales de las personas han dejado de pertenecer al ámbito interno de los Estados y de ser, con ello, algo estrictamente constitucional, dado el alcance actual que aún tiene lo constitucional, doméstico».

JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ  
AURIOLES

*Profesor Contratado Doctor  
de Derecho Constitucional  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia*

\* \* \*

ABSTRACT: *The book realizes a deep, serious and rigorous study of the value of the jurisprudence of the Court of Strasbourg, which has created a public space in Europe of respect and guarantee of the human rights.*

RESUMEN: *El libro realiza un profundo, serio y riguroso estudio del valor de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que ha creado un espacio público en Europa de respeto y garantía de los derechos humanos*

KEY WORDS: *Court of Strausburg. Public space. Human rights*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal de Estrasburgo. Espacio público. Derechos humanos*

<sup>35</sup> PETERS, A, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, Munich, CH Beck, 2003, págs. 1-8.