

EN TORNO A ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978. OBSERVACIONES COMPARADAS

Alessandro Pizzorusso

Profesor de Derecho Constitucional Comparado
Facultad de Derecho de Florencia

I

Entre las Constituciones aprobadas en Europa occidental en el curso de este siglo, hay aproximadamente una decena¹ que expresan la voluntad de realizar una reforma profunda de las instituciones del país al que se refieren. Otras Constituciones², en cambio, han sido aprobadas poco después del acceso a la independencia del país en el que operan sin que en él existiese un precedente sistema político propio con el que directamente confrontarse. Además, hay otras³ que sólo han aportado ligeras modificaciones a un sistema constitucional ya estabilizado y destinado a continuar y funcionar sin grandes sobresaltos.

Entre las Constituciones que han traducido en norma jurídica una voluntad de verdadero cambio respecto al pasado y que, por tanto, marcan una clara innovación de la forma de estado y de la forma de gobierno que anteriormente existían en el país, la mayor parte han encontrado dificultades en su actuación. En unos casos porque las instituciones creadas a partir de ellas se han mostrado poco estables y ha sido necesario corregirlas poco tiempo después; en otros, porque su misma realización encontró resistencias que han obstaculizado y, a veces, incluso, impedido, su cumplimiento en su totalidad o en parte.

¹ Es decir, las alemanas de 1919 y de 1949 (esta última referente a la República Federal), la austríaca de 1920, las griegas de 1927, 1952 y 1975, las españolas de 1931 y 1978, la italiana de 1947 y la portuguesa de 1975.

² Por ejemplo, la noruega de 1814, la belga de 1831, la finlandesa de 1919, la checoslovaca de 1920, la irlandesa de 1937 y la islandesa de 1944.

³ Como la francesa de 1946, la danesa de 1953, la holandesa de 1972 y la suiza de 1975. En definitiva, también puede aproximarse a este grupo la Constitución francesa de 1958, que fue adoptada con vistas a la realización de una profunda modificación de las instituciones, que después, en la práctica, resultó tener un alcance menor del previsto.

El caso más importante, por el tipo de cuestiones jurídico-constitucionales que ha suscitado y por la riqueza del conflicto de ideas que se ha desarrollado en torno a ella, es el de la Constitución de Weimar. Su actuación fue obstaculizada desde el principio por amplios sectores de la sociedad alemana —en particular por la burocracia y la magistratura— y terminó por realizarse —en la parte que se realizó— bajo el control de personalidades y de movimientos políticos para quienes los presupuestos culturales que la produjeron eran en gran medida extraños, hasta dar lugar al drama absurdo que arrastró a Alemania al desastre más grave de su historia.

El caso de la Constitución española de 1931 es probablemente el que más que ningún otro se asemeja al de Weimar, ya que también en su ámbito se dio una situación en la cual la actuación de una Constitución que expresaba una voluntad de renovación fue llevada a cabo por fuerzas políticas que se oponían a ella. Sin embargo, en el caso español las fuerzas que aspiraban a una renovación democrática tenían bases populares más profundas que las de los partidos de la coalición de Weimar, y su reacción fue consiguientemente más fuerte; las elecciones de 1936 parecieron darles la victoria, pero, en realidad, sólo fueron el inicio de una tremenda prueba que se resolvió en una tragedia política y humana, no menos grave de la que contemporáneamente se preparaba en Alemania.

No menos dramáticas, aunque sí menos ricas en episodios interesantes para la historia europea, fueron las peripecias de otras Constituciones democráticas del período de entreguerras. Entre ellas pueden mencionarse principalmente la austriaca y la checoslovaca, que a fines de los años veinte habían introducido la importante novedad del control de constitucionalidad de las leyes, y las que se sucedieron en Grecia, cuando períodos de régimen democrático sustituyeron a dictaduras de diverso tipo.

También en la segunda posguerra, cuyo cuadro general, considerado en su conjunto, parecía mucho más propicio para la suerte de la democracia, las dificultades para la actuación de las Constituciones aprobadas al día siguiente de la derrota de los regímenes autoritarios que se habían instalado en varias partes de Europa resultaron, a menudo, considerables. Así, si bien por razones muy distintas, tanto la Constitución italiana de 1947, como la portuguesa de 1975, han encontrado obstáculos que, en el caso italiano, han determinado un acen tuado retraso del proceso de actuación de los principios que la Constitución expresaba, mientras que, en el caso portugués, han implicado la necesidad de un amplio reajuste del texto constitucional muy poco después de su entrada en vigor.

En cambio, en un caso que, al menos inicialmente podía parecer de signo opuesto, como es el de la Constitución francesa de 1958, se ha producido toda una serie de desarrollos que han conducido a una

acentuada disociación entre las intenciones de sus redactores y la forma en la que se ha llevado a la práctica⁴.

Sin embargo, prescindiendo del ejemplo francés, que no es homogéneo con los otros mencionados, debemos constatar que sólo en dos casos las Constituciones destinadas a acompañar la sustitución de un régimen autoritario por otro democrático han dado vida a un proceso de aplicación coherente con los principios de éste y no obstaculizado por dificultades que hayan retrasado o desviado su actuación. Estos casos son, en mi opinión, el del *Grundgesetz* adoptado en la República Federal Alemana en 1949, y el de la Constitución española en 1978; ambos presentan como característica común el que estas dos Constituciones han sido desarrolladas en un tiempo relativamente breve y en sustancial conformidad con los principios que las inspiran.

Naturalmente, también en estos dos supuestos es posible encontrar una serie de factores diferenciadores, pero se trata de factores dotados de un relieve sustancialmente menor. El principal de ellos resulta, a mi juicio, del hecho que la actuación de la Constitución de Bonn ocurrió en la atmósfera fría y un poco enrarecida que existía después de la guerra, de modo que, en ciertos momentos, dio la impresión de desarrollarse más como un experimento realizado bajo el control de científicos que como un fenómeno político-constitucional que se corresponde con una evolución real de la sociedad. Sin embargo, la actuación de la Constitución española se hizo fuera de cualquier condicionamiento externo, gracias también a un contexto político internacional mucho más favorable.

En ambos casos forzosamente se tenía que sentir el peso de los antecedentes que pusieron a dura prueba a los dos pueblos, aunque el modo en que los superaron fuese profundamente distinto. En efecto, los alemanes experimentaron una suerte de vacunación contra el autoritarismo, realizada con dosis muy fuertes y quizá, incluso, excesivas, y se presentaron en los años cincuenta como un paciente apenas salido del hospital y, por ello, dotado de una salud todavía artificial. Los españoles, en cambio, tuvieron todo el tiempo —un largo tiempo— para curar sin emplear fármacos, casi por una natural, lenta eliminación de las bacterias nocivas. Sin duda, también en España la prueba fue durísima, ya sea por las consecuencias atroces de la guerra civil, ya sea por los cuarenta años de aislamiento, pero, en compensación, la incorporación a la sociedad democrática se vio favorecida por la posibilidad de contar con experiencias ajenas, y por el grado de madurez alcanzado en el interior del país.

Y, en efecto, creo que puede decirse que, si la experiencia del régimen autoritario vivida en España ha sido una de las más duras

⁴ Especialmente significativa, en este sentido, es la evolución del *Conseil constitutionnel*, que fue introducido en la Constitución como instrumento de control del gobierno sobre el parlamento y terminó por transformarse en un órgano de justicia constitucional animado por una concepción de su papel similar a la de las Cortes constitucionales, instituidas sobre la base de directrices totalmente distintas, incluso opuestas.

sufridas por los pueblos europeos, por el contrario, el proceso de restauración democrática se ha desarrollado en este país con gran facilidad y eficacia, de modo que todo el mundo ha podido admirar la seguridad con que la mayoría de los españoles ha sabido interpretar en dicha circunstancia su papel, incluidos los mismos protagonistas del régimen autoritario, quienes han salido de escena en el momento justo, a veces no sin facilitar, a su manera, la llegada de la democracia.

Las dificultades prácticas que han debido superarse han sido quizá mayores que las afrontadas por la democracia de Bonn, pero en comparación el proceso ha resultado más vivaz y espontáneo y, por tanto, desde este punto de vista, se asemeja más al caso italiano, y quizá, en cierta medida, también, al francés y portugués, de los que se distingue sin embargo bajo otros aspectos.

En mi opinión, las diferencias respecto a la experiencia italiana estriban, sobre todo, en que la actuación de la Constitución española de 1978 ha seguido prácticamente sin solución de continuidad a su aprobación hasta el punto que se ha completado en pocos años. En cambio, la Constitución italiana de 1947 ha sufrido un largo período de olvido antes de ser redescubierta a partir de los años sesenta.

Como es sabido, Piero Calamandrei definió como «obstruccionismo de la mayoría»⁵ la actitud asumida respecto a los problemas del desarrollo de la Constitución por los gobiernos centristas de los años cincuenta y por las mayorías parlamentarias que los sostenían. Durante mucho tiempo, omitieron la creación de las nuevas instituciones previstas en la segunda parte del texto constitucional y aceptaron el punto de vista de la magistratura, según la cual la proclamación de los derechos fundamentales contenida en la primera parte constituía un mero programa de acción política, carente de cualquier efecto práctico inmediato. Esta postura favoreció la recuperación de la legislación anterior a la Constitución, que los partidos antifascistas, en la euforia de la liberación, habían considerado superfluo abolir o modificar y que volvía a aplicarse punto por punto, mediante las sentencias de los jueces y los actos de la Administración pública.

A los acontecimientos italianos de los años cincuenta —que indudablemente presentan no pocas analogías con lo ocurrido en Alemania durante la República de Weimar— siguieron afortunadamente desarrollos posteriores que llevaron a una evolución muy distinta de la que se dio en Alemania en los años treinta, y en el ámbito de estos avances, la existencia de un instrumento jurídico, como la Constitución de 1947, tuvo una importancia capital. Por lo demás, las mismas discusiones habidas en estos últimos años en Italia acerca de eventuales reformas constitucionales, no afectan de ningún modo esta función de

⁵ P. CALAMANDREI, «L'ostruzionismo di maggioranza», en *Il Ponte*, 1958, pp. 129 y ss., 274 y ss., 433 y ss. (reproducido en *Scritti e discorsi politici*, editado por N. Bobbio, Firenze, La Nuova Italia, 1966, I, pp. 546 y ss.).

la Constitución, que parece ya universalmente aceptada y representa un factor importante de estabilidad en un cuadro político en otros aspectos muy confuso e incierto. La experiencia española, en cambio, aun habiendo afrontado algunos peligros, no parece haber encontrado obstáculos de este tipo o, por lo menos, parece haberlos superado de modo relativamente aceptable.

II

Si nos proponemos clasificar el régimen político español actual en función de los criterios generalmente acogidos por los constitucionalistas para la distinción de las formas de estado y de las formas de gobierno⁶, se debe señalar que nos encontramos ante un Estado de estructura pluralista, un Estado democrático, un Estado de derecho y un Estado social. Mientras, en lo que respecta a la forma de gobierno, debe afirmarse que nos encontramos ante un gobierno parlamentario monista, en su variante monárquica, calificado por un sistema de fuerzas políticas no fácilmente reconducible a las categorías empleadas con más frecuencia, dado que hasta ahora siempre se ha producido la hegemonía de una sola fuerza política (primero la unión centrista, después el partido socialista), sin que, sin embargo, este desarrollo hubiese sido previsto por los constituyentes y sin que pueda decirse con certeza si se trata de una situación destinada a institucionalizarse, así como ha sucedido en otros países, o si está, en cambio, todavía en vías de evolución hacia formas parcialmente distintas de las hasta ahora realizadas.

La calificación del Estado español como Estado de estructura pluralista deriva, ante todo, de que la Constitución prevé un acentuado pluralismo territorial expresado principalmente a través de la institución de las Comunidades autónomas, que ejercen amplios poderes legislativos y administrativos y ha exigido, además, algunas adaptaciones de la organización judicial, aunque las funciones jurisdiccionales permanezcan, en cualquier caso, como propias del Estado central. Más limitadamente, las provincias, los municipios y otros entes locales constituyen también una expresión del pluralismo territorial. Aunque llevado a cabo con efectos prácticos muy desiguales en las diversas áreas geográficas españolas, el pluralismo territorial ha estado en el origen, al menos en algunos casos, de un fuerte despertar económico y cultural, como lo demuestra sobre todo el ejemplo catalán.

Si bien la Constitución española no lo subraya mediante una disposición general, presupone asimismo el pluralismo institucional, como

⁶ Cfr. C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973; L. ELIA, «Governo (forme di)», voz de la *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milán, Giuffrè, 1970, pp. 634 y ss.; G. AMATO, «Forme di stato e forme di governo», en G. AMATO y A. BARBERA (comps.), *Manuale de diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 35 y ss.

se deduce principalmente del reconocimiento de las funciones de los sindicatos patronales y de trabajadores, de la garantía acordada a la libertad de asociación y a la libertad de iniciativa económica privada. Varios acontecimientos demuestran la importancia alcanzada en la sociedad española, como en Italia y en otros lugares, por las tendencias neo-contractualistas características del actual momento histórico. El mismo «pacto de la Moncloa», que constituyó uno de los momentos determinantes de la transición a la democracia, fue estipulado no sólo por las fuerzas políticas representadas en el parlamento, sino también y, tal vez, sobre todo por las fuerzas económicas y sociales del país.

La calificación del Estado español como Estado democrático, incontestable en sus términos generales, se especifica a la luz de la clara preferencia expresada por los constituyentes por la democracia representativa. Las aplicaciones que el instituto del referéndum recibió durante la República de Weimar, junto con las primeras experiencias italianas, movieron prudentemente a limitar su empleo a los casos de revisión constitucional y a aquellos de consulta al electorado promovida por el gobierno con la aprobación de la mayoría parlamentaria.

La utilización de esta última modalidad con ocasión de la consulta popular del 12 de marzo de 1986, sobre la participación de España en la Alianza atlántica, ha revestido características particulares, porque en vez de dar lugar a un tipo de plebiscito tendente a confirmar una decisión ya tomada por el partido de la mayoría (que parecería la función más propia de un referéndum así concebido), ha visto al gobierno pidiendo una respuesta negativa y a la oposición absteniéndose. Si las particularidades del caso han permitido un pronunciamiento de los electores más válido de lo que habría podido ser en otras circunstancias, las indicaciones positivas que pueden extraerse de este experimento de aplicación del artículo 92 no inducen a modificar los términos generales de la cuestión, tal como había sido felizmente planteada por los constituyentes y debe, por tanto, considerarse confirmado que la democracia española es esencialmente una democracia representativa, mientras que en el ámbito de ésta, el recurso al referéndum asume características de absoluta excepcionalidad.

Desde otro punto de vista, no hay duda que también la democracia española se presenta como un régimen de partidos y esto se deduce, entre otras cosas, de una serie de disposiciones constitucionales y legislativas que diseñan las funciones de estos entes con mayor precisión de lo que sucede por lo general en los demás países de análoga estructura político-constitucional.

La calificación del Estado español como «Estado de derecho», aparte de la proclamación contenida en el artículo 1, resulta claramente de las disposiciones de la Constitución sobre el poder judicial y sobre el Tribunal Constitucional. La introducción del control de constitucionalidad de las leyes, del amparo y de las otras funciones del Tribunal han conferido particular concreción al principio del «Estado de derecho», que ha resultado mucho más potenciado que en

la mayor parte de los países cuyos ordenamientos registran influencias históricas análogas. Y esto no resulta únicamente de las previsiones contenidas en la Constitución, sino que ha sido confirmado en la práctica por la actividad del Tribunal, que ha acentuado el carácter garantista y jurisdiccional de sus funciones con preferencia al papel político que, también en cierta medida, le es propio. Por otra parte, esta orientación del Tribunal ha encontrado un importante apoyo en la decisión del legislador de renunciar al control preventivo, que indudablemente impulsaba al Tribunal a asumir una participación más estrecha en la labor legislativa del parlamento.

Si el Tribunal Constitucional ha podido contribuir extraordinariamente a la obra de actuación de la Constitución por el hecho de ser un órgano nuevo nacido con la Constitución y para la Constitución, más difícil ha sido incorporar al nuevo régimen un poder judicial independiente y autónomo, como los constituyentes lo habían diseñado. La previsión de un auténtico «poder judicial», configurado como una estructura unitaria y dotado de una independencia más garantizada que la de otras instituciones similares organizadas según el modelo francés, constituía un desafío frente al que el éxito habría sido más fácil si hubiese habido más tiempo para permitir la difusión de los valores puestos como fundamento de la Constitución entre los magistrados que debían asumir sus correspondientes funciones. El fracaso parcial del intento, demostrado por las modificaciones introducidas con la ley orgánica, constituye probablemente la consecuencia de la rapidez con que la Constitución se aplicó y puede observarse que, paradójicamente, al menos en este caso, los retrasos que experimentó el desarrollo de las disposiciones análogas de la Constitución italiana tuvieron una función positiva.

La sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional sobre la ley orgánica⁷, al reconocer su compatibilidad con los preceptos constitucionales, ha indicado al parlamento el camino a recorrer, en un futuro no necesariamente próximo, para un mejor reequilibrio de la disciplina legislativa de esta materia.

La característica de «estado social» deriva, aparte de la proclamación contenida en el artículo 1, de toda una serie de disposiciones de la Constitución, y ahora se asegura también por la adhesión de España a la Comunidad Europea, la cual implica la adecuación del derecho español a las normas establecidas por ésta para la disciplina de las relaciones económicas.

A pesar de las discusiones recurrentes sobre la pretendida superación del «estado social»⁸, esta fórmula parece todavía capaz de representar el modelo al que los países de Europa occidental se están adecuando, si bien no puede ciertamente decirse que esté plenamente

⁷ Tribunal Constitucional, 29 de julio de 1986, n. 108, en *Jurisprudencia constitucional*, XV, pp. 600 y ss.

⁸ Cfr., por ejemplo, últimamente, A. BALDASSARRE y A. A. CERVATI (comps.), *Critica dello Stato sociale*, Bari, Laterza, 1982.

realizado y mucho menos superado. Por eso se da una revalorización de los preceptos constitucionales que se inspiran en ese principio y se atribuye una particular importancia a la comparación de las experiencias realizadas en los distintos países europeos, de las cuales parte un derecho transnacional⁹ destinado, tal vez, a imponerse más allá de la fuerza específica de los tratados y de los actos normativos comunitarios.

Si ahora examinamos los problemas de la forma de gobierno, me parece que debo, ante todo, observar que el régimen parlamentario que funciona en España, según las normas de la Constitución de 1978, es comparable a la forma de gobierno propia de los países cuyo parlamentarismo se configura como esencialmente monista¹⁰. El reforzamiento de la figura del *premier* respecto a la de los ministros y a la del mismo órgano del consejo de ministros, que procede del modo de designación y de la previsión del voto de censura constructivo, no atenúan el vínculo existente entre gobierno y mayoría parlamentaria (ni el que se da entre uno y otra y el partido o los partidos que los expresan), mientras no existen los presupuestos para concretar en el ejecutivo un poder dotado de una investidura al menos en parte independiente de la parlamentaria, como sucede en los gobiernos parlamentarios dualistas o, con mayor motivo, en los regímenes presidenciales o semipresidenciales.

Tampoco puede inferirse tal dualismo de la existencia de un jefe de Estado monárquico¹¹, ya que tal órgano está cualificado por un régimen de irresponsabilidad necesariamente más pleno del normalmente vigente en los casos de los jefes de Estado republicanos (incluso en el régimen de gobierno parlamentario) y no puede, en consecuencia, operar como un centro de poder político contrapuesto al parlamento. Y a pesar de que el actual monarca español se ha visto obligado, a veces por las circunstancias, además de probablemente por sus dotes personales, a desarrollar un papel político más activo que el de cualquier otro monarca parlamentario reinante actualmente en Europa, me parece evidente que de esto no se puede deducir que la monarquía española constituya un órgano dotado de características distintas de las propias de otras monarquías parlamentarias.

⁹ Es decir, un derecho que nace de la comparación de los ordenamientos vigentes en los distintos países europeos, sin necesidad de una adecuación explícita por parte del legislador. Cfr. M. CAPPELLETTI (comp.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden, Sijthoff, 1978.

¹⁰ Cfr. R. PUNSET, *Las Cortes Generales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983; F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Editora Nacional, 1984; J. GARCÍA MORILLO, *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985.

¹¹ Sobre la figura del monarca en la Constitución española, M. ARAGÓN REYES, «La monarchia parlamentare», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI, *La Costituzione spagnola del 1978*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 430 y ss.; además, últimamente, J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Some reflexions on the Constitution of the United States and the Spanish Constitution of 1978* (ponencia presentada en el Congreso desarrollado en la Universidad de Virginia en los días 18-22 de noviembre de 1987), pp. 6 y ss.

Dado que la forma de gobierno del Estado español es reconducible al modelo parlamentario monista, los principales factores que la diferencian de otros gobiernos parlamentarios europeos han de encontrarse sobre todo en el sistema de las fuerzas políticas, el cual presenta, sin duda, diferencias de relieve respecto a todos los demás países dotados de análoga estructura político-constitucional.

La particularidad del caso español deriva, a mi juicio, de la presencia, en el escenario político, de un partido que recoge la mayoría absoluta de los votos (o casi) sin que exista todavía un segundo partido que predomine claramente entre las fuerzas políticas diferentes del primero. Si el bipartidismo podría parecer el desarrollo natural de una situación de este tipo —con una perspectiva, aunque sea eventual, de alternancia—, la realidad no se orienta unívocamente en esta dirección debido a la falta de un segundo partido dotado de fuerza análoga y parece por esto posible también una evolución hacia una situación de hegemonía del partido mayoritario.

Estos factores, además de hacer insegura, al menos respecto de su evolución futura, la clasificación del sistema de fuerzas políticas españolas, impiden definir con precisión la misma forma de gobierno parlamentario vigente actualmente en España. Sin duda en la experiencia española se encuentran muchas indicaciones que inducirían a acercar el sistema político actual a aquellos en los que el parlamento actúa más como una cámara de registro de la actividad del gobierno que como un órgano verdaderamente capaz de expresar una orientación política propia (a semejanza de lo que sucede especialmente en Gran Bretaña). Pero sería suficiente que algunas tendencias manifestadas con motivo de la consulta electoral del 22 de junio de 1986 se acentuasen para que la situación variase casi totalmente y se determinase, en cambio, una situación de pluripartidismo que haría necesario recurrir a coaliciones de gobierno, o, con mayor motivo, a soluciones de tipo consociativo (acaso más fáciles en España que en otros lugares por la debilidad de las alas extremas del espectro partidista). Esto induce a una cierta reserva en las estimaciones.

III

Las consideraciones expuestas anteriormente sobre la forma de estado y sobre la forma de gobierno tienen indudablemente influencia en la reconstrucción del sistema de las fuentes del derecho que opera según la Constitución de 1978, al igual que ocurre en cualquier otro ordenamiento constitucional, aunque esa influencia —en este caso como en cualquier otro— no excluya cualquier otra¹². En este caso

¹² Sobre la relación existente entre sistema de las fuentes y forma de estado y de gobierno y sus límites, cfr. A. PIZZORUSSO, «Sistema delle fonti e forma di stato e di governo», en *Quaderni costituzionali*, 1986, pp. 217 y ss., así como la obra colectiva, en curso de publicación, A. PIZZORUSSO (comp.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Heidelberg, Springer.

concreto, lo dicho se demuestra claramente al comprobar que la aprobación de la nueva Constitución española, profundamente innovadora en la forma de estado y de gobierno, no ha supuesto la modificación de las normas del código civil en materia de fuentes del derecho¹³, de modo que las novedades introducidas por la Constitución han debido integrarse con la disciplina preexistente.

Entre las innovaciones constitucionales que han tenido mayores repercusiones en el sistema de las fuentes del derecho hay que considerar, sobre todo, a mi juicio, la nueva concepción del Estado español como «estado de derecho», que está en la base de muchas disposiciones de la nueva carta, y la realización del pluralismo territorial, que ha dado al sistema mismo características semejantes a aquellas que normalmente asume en el ámbito de los estados federales, pero con complicaciones tal vez todavía mayores. Menos relevantes aparecen en cambio, en el conjunto, las repercusiones que sobre el sistema de las fuentes ha producido la adopción de la forma de gobierno parlamentario monista.

Desde este punto de vista hay que considerar las reglas constitucionales que determinan las relaciones entre las leyes del parlamento y los actos normativos del ejecutivo, negando a este último cualquier potestad normativa primaria que no sea legitimada por una delegación o por una ratificación parlamentaria, y distinguiendo netamente las hipótesis de este tipo de las de ejercicio de una potestad normativa secundaria.

En particular, las hipótesis de delegación legislativa están delimitadas según criterios similares a los establecidos por la Constitución italiana, con algunas diferencias menores derivadas sobre todo de la previsión de la facultad del gobierno de oponerse a cualquier modificación implícita de las delegaciones ya concedidas¹⁴ y de la previsión de algunos límites al ejercicio de la potestad delegada, de los cuales el más relevante se resuelve en una prohibición de retroactividad de las normas emanadas a través de este procedimiento¹⁵.

Más diferenciado es el régimen de los decretos-leyes, pues existe una larga serie de materias excluidas de esta forma de disciplina normativa y se puede suponer que, al redactar esta disposición, los constituyentes españoles tuvieron presentes los inconvenientes que se manifestaron en la aplicación del artículo 77 de la Constitución italiana.

En suma, me parece que puedo concluir que en España el problema de las relaciones entre la legislación parlamentaria y la legislación del ejecutivo no ha dado lugar a las dificultades manifestadas en Italia (y en la III y IV República francesas) y que la razón de esto está en la existencia de un conjunto de normas de derecho parlamentario que permiten al gobierno tener bajo control el desarrollo de los tra-

¹³ Las cuales habían sido objeto de una muy reciente modificación, en virtud del Decreto del 31 de mayo de 1974.

¹⁴ Artículo 84 Constitución.

¹⁵ Artículo 83 Constitución.

bajos parlamentarios. Desde esta perspectiva, el parlamentarismo monista practicado en España podría aproximarse al inglés.

También en lo que respecta a la potestad reglamentaria, la Constitución española es mucho más explícita que la italiana, pues la menciona en dos disposiciones¹⁶ de las que claramente resulta la calificación de los actos normativos, producidos en el ejercicio de la misma, como fuentes secundarias.

Del conjunto de estas disposiciones resulta, por consiguiente, la plena correspondencia existente entre los principios que están en la base de la forma de gobierno parlamentaria monista y la distribución de la potestad normativa primaria y secundaria entre los órganos legislativos y los ejecutivos. El problema más discutido —en España como en Italia— es, consiguientemente, el relativo a la admisibilidad de los reglamentos independientes¹⁷, pero no parece que la comprobación de la relación que existe entre la forma de gobierno y la distribución de las funciones normativas aporte argumentos a la tesis de su inadmisibilidad. Al contrario, una vez aclarado que también los reglamentos independientes son siempre fuentes secundarias, aunque normalmente privadas del apoyo de una fuente situada en el grado inmediatamente superior, la tesis de su admisibilidad parece reforzada por la atribución al ejecutivo de la potestad reglamentaria, que la Constitución española efectúa de un modo más explícito que la italiana.

El reconocimiento de la autonomía legislativa de las Comunidades autónomas ha introducido en el sistema de las fuentes del derecho español un complejo de innovaciones muy amplio, la principal de las cuales es la introducción del principio de competencia entre los utilizables para la resolución de las antinomias normativas entre normas creadas mediante leyes estatales y normas derivadas de la legislación de tales entes.

Aunque, en algún caso, el criterio de la competencia pueda emplearse también con respecto a las relaciones entre fuentes estatales¹⁸, las consecuencias prácticas de su aplicación a causa de la articulación regional del Estado resultan enormemente más amplias, tanto bajo el aspecto cualitativo, cuanto bajo el cuantitativo, de manera que todo el sistema normativo resulta transformado, aproximándose así al característico de los Estados federales.

Sin poder extenderme en este aspecto en observaciones detalladas, me parece que estas brevísimas referencias son suficientes para poner

¹⁶ Artículos 97 y 106 Constitución.

¹⁷ Cfr., recientemente, I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 233-235.

¹⁸ Como, por ejemplo, en las relaciones entre leyes ordinarias y reglamentos parlamentarios o, también, entre leyes ordinarias y leyes orgánicas (cfr. A. PREDIERI, «Le fonti del diritto nella Costituzione spagnola del 1978», en GARCÍA DE ENTERRÍA y PREDIERI, *op. cit.*, pp. 132 y ss., espec. pp. 149 y ss.). En particular, sobre el problema de las «leyes de armonización», cfr. J. VERNET I LLOBET, *Concepte i objecte de les lleis d'harmonització*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1984.

de relieve cómo esta innovación constitucional tiene una influencia de gran alcance sobre todo el sistema de las fuentes. Sistema que, en realidad, debe ser reconstruido como un conjunto de ordenamientos jurídicos distintos, aunque ligados entre sí por vínculos que son ciertamente más estrechos que aquellos que unen los ordenamientos estatales al ordenamiento de la comunidad internacional, a los de las organizaciones internacionales o a los de otros estados, pero que requieren a menudo el empleo de técnicas análogas a las utilizadas con referencia a este último tipo de relaciones.

Asimismo, hay que señalar en particular que esta innovación crea un sistema en el que se insertan también normativas dotadas de una eficacia limitada en el espacio y que tienen orígenes históricos independientes de la introducción del principio regional: me refiero a aquellas que integran los derechos forales¹⁹.

Ahora bien, la mayor transformación que el sistema de las fuentes del derecho español ha sufrido a causa de la nueva Constitución se debe, en mi opinión, a una serie de factores de racionalización de los procedimientos de formación del derecho que parecen sustancialmente reconducibles a la adopción del principio del «estado de derecho» en su versión más moderna y avanzada. Es fundamentalmente la exigencia de racionalización que está en la base de este principio la que explica la rigidez de la Constitución y la introducción del control de constitucionalidad de las leyes, las cuales implican la adopción de toda una serie de mecanismos que determinan la articulación del sistema de las fuentes según el principio de jerarquía.

De esta elección fundamental deriva la transformación de la noción de Constitución²⁰, que ahora asume claramente un alcance jurídico preciso y vinculante, en cuya virtud ya no consiste sólo en un programa político (como se sostenía en muchos países europeos hasta hace pocos años), sino que expresa un complejo de normas jurídicas dotadas de eficacia superior a las de las leyes, según la concepción de la *higher law* elaborada por los padres fundadores de la Constitución de los Estados Unidos²¹ y que durante mucho tiempo fue rechazada en el viejo continente en nombre de la primacía absoluta de la política.

La Constitución española desarrolla esta idea y profundiza en ella introduciendo una distinción entre el contenido fundamental y el contenido ordinario de la Constitución. De este modo recupera claramente algunas indicaciones de las constituciones alemana e italiana, que ya habían encontrado aplicaciones teóricas y prácticas en estos

¹⁹ Cfr. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los derechos históricos de los territorios forales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

²⁰ Cfr. también, para otras referencias, la fundamental obra de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

²¹ E. S. CORWIN, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law (1928-29)*, trad. ital. de S. Rosso Mazzinghi, Vicenza, Neri Pozza, s. d.

países, racionalizándolas y sistematizándolas en torno a la noción de los valores superiores²².

Desde otro punto de vista, la introducción del control de constitucionalidad de las leyes, y, en particular, la atribución al Tribunal Constitucional del poder de privar directamente de eficacia a las disposiciones o normas legislativas que considere inconstitucionales, suscita el problema de la naturaleza de tales decisiones y de la posibilidad u obligatoriedad de su inserción en el catálogo de las fuentes del derecho. A tal problema, que todavía ahora produce graves incertidumbres en la doctrina italiana²³, los constitucionalistas españoles han dado una respuesta clara y segura, reconociendo sin dudas la función normativa asumida por las decisiones de anulación del Tribunal²⁴. Sin embargo, a causa de una curiosa contradicción, mientras la jurisprudencia y la doctrina italianas (que mayoritariamente niegan la naturaleza de fuente a las decisiones de anulación) admiten que la Corte constitucional pueda reconstruir el derecho que cobrará vigencia por efecto de la anulación, al menos en los casos en que sea el único modo posible de asegurar la restauración de la norma constitucional violada²⁵, la doctrina y la jurisprudencia españolas en cambio observan las decisiones «manipulativas» con una desconfianza²⁶, que es comprensible desde el punto de vista de las valoraciones de oportunidad, pero que, a mi juicio, se justifica mal desde el punto de vista del análisis teórico.

La apertura de un canal directo de comunicación entre el sistema de las fuentes y la actividad de aplicación jurisdiccional del derecho, debida a la instauración del control de constitucionalidad de las leyes, ha replanteado también el problema más general de la creación del derecho por parte del juez. Si, en efecto, este problema no había salido nunca completamente de escena, ni siquiera en la época de más acentuado desarrollo del principio de la soberanía del parlamento, el cruce entre jurisdicción y legislación que se realiza en la actividad de los

²² Cfr. G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

²³ Cfr., por último, A. PIZZORUSSO, «Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio del sistema delle fonti del diritto», en *Politica del diritto*, 1987, pp. 139 y ss.

²⁴ Cfr., por último, F. RUBIO LLORENTE, «Constitutional Jurisdiction as Law Making», en PIZZORUSSO, *Law in the Making*, cit., pp. 156 y ss.

²⁵ Sobre la base de la conocida tesis de V. Crisafulli, según la cual serían admisibles las sentencias estimatorias «aditivas» o también «sustitutivas» solamente en situaciones en las que no existe discrecionalidad del legislador en la determinación de los efectos de la anulación, de modo que ésta opera de forma reglada, cfr. V. CRISAFULLI, «La Corte costituzionale ha vent'anni», en N. OCCHIOCUPO (comp.), *La Corte costituzionale fra norma giurídica e realtà sociale*, Bolonia, Il Mulino, 1978, p. 84 (ed. en *Giur. cost.*, 1978, I, pp. 1694 y ss.); A. PIZZORUSSO, «Il controllo della Corte costituzionale sulla discrezionalità legislativa», en *Rivista trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 795 y ss.

²⁶ Cfr., en particular, las opiniones que disienten de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, n. 53, en *Jurisprudencia constitucional*, XI, pp. 546 y ss.; además, RUBIO LLORENTE, «Constitutional Jurisdiction as Law-Making», cit., pp. 174-175.

jueces constitucionales, especialmente cuando ésta se ejercita en las formas del control concreto, no podía dejar de provocar toda una serie de reflexiones antiguas y nuevas.

En el caso español este problema se ha enriquecido por algunas tradiciones particulares propias de este país, como la que ha conducido a la elaboración del concepto de doctrina legal, a la que ahora dan relieve disposiciones positivas que la mencionan de modo explícito, como el artículo 1, n. 6, del Código civil, como el artículo 161, n. 1, letra a), de la Constitución y como el artículo 40, n. 2, de la ley orgánica del Tribunal Constitucional²⁷.

Ahora bien, estos aspectos particulares del problema, específicos del derecho español, no parecen justificar soluciones distintas de las que podrían alcanzarse con referencia al derecho de otros países del continente europeo. En realidad, si se prescinde de la excepción inglesa, según la cual los precedentes judiciales pueden a veces asumir fuerza absolutamente vinculante para el juez que deba examinar un caso análogo, parece posible concluir que en los países europeos el principio *stare decisis* adquiere normalmente un alcance cualitativamente no distinto al que asume según el derecho americano (si bien, desde el punto de vista de la intensidad del vínculo, las diversas prácticas judiciales pueden determinar diferencias de cierto relieve). Dicho alcance consiste en el ejercicio de una influencia, no de un vínculo absoluto, sobre el juez que tenga que decidir un caso análogo al que resulta del precedente²⁸. Es decir, este juez se verá obligado, por la existencia del precedente, a atenerse a él cuando no encuentre serios motivos para apartarse del mismo; sin embargo, podrá desatenderlo cuando tenga buenas razones para ello. Percibir en este efecto persuasivo una forma de producción normativa o bien distinguirlo de las demás formas de producción normativa es una cuestión de orden puramente sistemático: cualquiera que sea la solución que se prefiera dar a ésta, nada impide estar de acuerdo en la sustancia, es decir, sobre el modo de entender el fenómeno.

Una reseña del sistema de las fuentes del derecho español requeriría un conocimiento más profundo de este ordenamiento jurídico y de su funcionamiento práctico; por esto añadiré a estas consideraciones muy superficiales unas breves conclusiones.

Estas se refieren a la extrema complejidad del sistema de las fuentes, tanto en España como en Italia. No creo que tal complejidad, por sí misma, pueda considerarse un factor negativo; por el contrario se resuelve en un sistema más acentuado de garantías, reconducible precisamente a la idea del «estado de derecho», tal como ha venido desarrollándose en la fase histórica más reciente. Si acaso lo que es negativo es la situación de incertidumbre que subsiste en Italia sobre

²⁷ Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, «La jurisprudencia», en *El poder judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, I, pp. 267 y ss.; P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 244 y ss.

²⁸ Cfr., por último, M. CAPPELLETTI, *Giudici legislativi?*, Milán, Giuffrè, pp. 99 y ss.

el régimen efectivo de algunas fuentes, debido en parte a la menor incidencia en este campo de la jurisprudencia de la Corte constitucional. No me parece, en cambio, que este tipo de lagunas subsistan en el sistema español y creo en cualquier caso que el Tribunal Constitucional goza de una autoridad suficiente para colmarlas cuando sea necesario.

Estas y otras consideraciones justifican, a mi juicio, una valoración muy optimista sobre las perspectivas de desarrollo del proceso de actuación de la Constitución española, tanto en la parte que corresponde a la labor de los órganos constitucionales con estructura política, cuanto en la que se confía a la labor de los órganos judiciales. Sin embargo, como muchas veces se ha demostrado, no es de los análisis de los constitucionalistas, sino más bien de los acontecimientos políticos concretos, de los que las Constituciones reciben la valoración que verdaderamente cuenta para el desarrollo de la historia.

(Traducción: Emilio CALDERÓN MARTÍN.)

