

## RECENSIONES



ELISEO AJA FERNÁNDEZ. *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid, 2014.

1. El libro *El Estado autonómico* de Eliseo Aja se convirtió desde su primera edición en 1998 en punto de referencia imprescindible para quienes querían acercarse a una visión completa y global de la organización territorial en España. Somos muchos los que lo hemos recomendado a los alumnos interesados en profundizar en el modelo territorial o lo hemos utilizado cuando hemos debido explicarlo fuera de España. Por ello, es una buena noticia que se haya publicado esta nueva edición actualizada, nueve años después de la segunda.

Resulta relevante destacar que no estamos ante una reedición sino ante un acercamiento actualizado pues, efectivamente, en los últimos años hay mucho nuevo que decir sobre el Estado autonómico. Incluso el título ha variado, y no de forma casual. Ya no es *El Estado autonómico* sino *Estado autonómico y reforma federal*. Y es que, como se explica en el breve prólogo que sirve de presentación, la tesis central del libro ha variado: «En las anteriores ediciones postulaba una interpretación federal del Estado autonómico, incluyendo la reforma constitucional del Senado.

En la actual se defiende una reforma constitucional que transforme el sistema autonómico en federal, como estrategia para abordar los graves problemas existentes».

Esto no significa que el libro se haya ceñido al actual debate sobre la reforma federal de la Constitución. En él seguimos encontrando el análisis y la descripción de las piezas básicas que configuran el Estado autonómico. No obstante, a la luz de las deficiencias y disfunciones que se van detectando, en algunos casos genéticas y en otros derivadas de no haber realizado a tiempo las reformas necesarias, se plantea la necesidad de una reforma parcial de la Constitución que transforme el Estado autonómico en Estado federal. Cumple, por tanto, un doble objetivo. Por un lado, continúa siendo un libro imprescindible para quien quiera conocer de una forma sistemática y completa el funcionamiento del Estado autonómico pero, por otro, también resulta de gran utilidad en el actual debate sobre la reforma constitucional apostando nítidamente por ella con argumentos difícilmente rebatibles pues, más allá del debate teórico, resultan del análisis

del funcionamiento del modelo territorial.

Y todo ello, en el contexto de la crisis más grave sufrida por el Estado autonómico, como consecuencia del reposicionamiento a favor de la independencia de lo que había sido hasta hace unos años el nacionalismo moderado catalán. A ello se dedica un clarificador capítulo 2, que aunque cerrado a finales de 2013 sirve perfectamente para entender lo ocurrido después y la situación actual pues la hoja de ruta ya estaba trazada.

2. Como se ha dicho, la lectura del libro permite adquirir una visión completa del Estado autonómico. Se inicia con el recuerdo de su proceso de construcción a la que se añade ahora un capítulo sobre la crisis del Estado autonómico, centrada, lógicamente, en la crisis catalana. A partir de aquí se abordan los distintos aspectos imprescindibles para conocer un modelo de organización territorial: como se reparte el poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas (competencias); como se ejerce ese poder derivado de las competencias respectivas (relaciones de colaboración) y, lógicamente, la manera de financiarse. Los tres aspectos se explican relatando las deficiencias en su funcionamiento y haciendo razonables propuestas para su mejora. Al margen de esta estructura lógica sobre el reparto, las relaciones y la financiación hay tres capítulos dedicados a otras tantas cuestiones merecedoras de una especial atención. En primer lugar, la relación de las Comunidades Autónomas con la Unión Europea. En puridad el asunto no debería resultar problemático. Ocurre que no existe en

España regulación alguna sobre esa relación, más allá de acuerdos políticos y referencias en los Estatutos de segunda generación. Por ello, se defiende la inclusión en la Constitución de una cláusula europea. En segundo lugar, un capítulo dedicado al Senado y su reforma constitucional. Aquí se resume la tesis sostenida tradicionalmente por el autor y que se ha convertido en mayoritaria a medida que se avanza en el debate, pese a haber sido soslayada por el Informe sobre la reforma de la Constitución del Consejo de Estado de 2006. A lo largo del libro aparecen de forma convincente, al menos a mi juicio, las razones por las que dicha opción por un Consejo territorial que sustituya al actual Senado es la más adecuada para atender a los problemas de funcionamiento del Estado autonómico, como se explicará después. En tercer lugar también se dedica una especial atención a los hechos diferenciales y al debate sobre la asimetría pues, a juicio del autor, no es posible entender nuestro modelo de organización territorial sin el reconocimiento de su diversidad ínsita de la que resultan los hechos diferenciales y, en consecuencia, la asimetría del modelo.

3. A partir de este esquema se plantea una reforma constitucional del modelo territorial asentada sobre dos ejes. El primero es la necesidad de modificar los mecanismos del Estado autonómico que funcionan con numerosos defectos. Ahí debe incluirse un sistema de reparto competencial que no se ha establecido en la Constitución, como resulta lógico en los distintos modelos descentralizados, sino que será delimitado por los Estatutos de

Autonomía. También la ausencia de instrumentos e instituciones que permitan la relación estable y formalizada entre las distintas Comunidades y de éstas con el Estado. Hace hincapié, por supuesto, en la inexistencia de órgano constitucional de encuentro, un Consejo territorial en sustitución del actual Senado, pero también en las deficiencias de las Conferencias Sectoriales, las Comisiones Bilaterales o la Conferencia de Presidentes. Finalmente, no podemos olvidar las deficiencias de un modelo de financiación autonómica también «desconstitucionalizado» y regulado en una ley orgánica y en acuerdos de un órgano de coordinación con preeminencia del Estado cual es el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Estas deficiencias en los mecanismos de funcionamiento del Estado autonómico tienen una consecuencia negativa cual es la excesiva conflictividad que se traslada al Tribunal Constitucional. Aja lo explica de forma gráfica: mientras en Alemania el número de conflictos es de uno o dos al año; en España el Tribunal resuelve cuarenta o cincuenta. Esta conflictividad provoca «un gran número de sentencias, que banalizan su doctrina, y un gran retraso, de ocho a diez años, que devalúa el papel del Tribunal Constitucional». Y no sólo eso; además, podríamos añadir que convierte al Tribunal Constitucional en un actor político fundamental en el reparto del poder político con el riesgo de deslegitimación que ello conlleva.

El segundo eje sobre el que debe articularse la reforma constitucional, a juicio del autor, es el reconocimiento de los hechos diferenciales al conside-

rar que el reconocimiento contenido en la Constitución resulta insuficiente. En ese sentido, plantea tres cuestiones que pueden ser objeto de debate: la ampliación de los hechos diferenciales a aspectos vinculados al régimen lingüístico propio de determinados territorios; la posibilidad de atribuir sólo a determinadas Comunidades algunas competencias que otras no hayan querido asumir como la gestión penitenciaria o incluso el replanteamiento de cuestiones ideológicas como la nación o las relaciones entre poderes.

Y esa reforma constitucional debe suponer el reconocimiento del Estado como federal. Se ha dicho muchas veces que ya es federal pues, ciertamente, existe una amplia gama de modelos federales y las diferencias no son demasiado relevantes. Acaso la *desconstitucionalización* del reparto competencial, remitido en la práctica a los Estatutos de Autonomía, y la forma de elaboración y aprobación del propio Estatuto de Autonomía, que no depende sólo de las instituciones del territorio, a diferencia de lo que es propio del federalismo. En cualquier caso, a juicio del autor, el problema no está en la denominación sino en «la confusión de ideas, las dudas sobre el carácter mismo del Estado y la dificultad de los ciudadanos para identificarse con él». Por ello, con ese afán clarificador e incluso propedéutico resulta importante no sólo incluir las técnicas e instrumentos propios del federalismo sino definir expresamente al modelo como federal.

4. Pero, como se ha dicho, la propuesta de reforma constitucional se enmarca en un acercamiento detallado a los distintos componentes necesarios

para entender el Estado autonómico español.

En primer lugar, su propio proceso de construcción tras la aprobación de la Constitución de 1978. Nos interesa de manera especial su crisis actual cuyo origen sitúa el autor en la llamada Declaración de Barcelona de 1999, en la que los partidos nacionalistas principales de Cataluña, País Vasco y Galicia reúnen sus críticas al Estado autonómico. La idea que empieza a extenderse desde ese momento es que el Estado autonómico ha resultado un buen sistema de organización territorial pero tiene defectos que requieren la reforma constitucional. Sin embargo, esa crisis se agudiza hasta llegar a la situación actual por la concurrencia de distintos factores: la posición radical que empiezan a adoptar los hasta entonces partidos nacionalistas moderados (Plan Ibarretxe); la crisis institucional reflejada en movimientos como el 15-M y la propia crisis económica que asola España desde 2008. En este contexto, el tratamiento se centra en el actual conflicto político catalán. Se explica con detalle el origen de la reforma del Estatuto catalán y los distintos avatares de su tramitación así como la sentencia del Tribunal Constitucional y las «razones de su efecto catastrófico en Cataluña». Estos no derivan tanto de sus declaraciones de inconstitucionalidad, ciertamente escasas, sino de otros aspectos tanto externos como internos a la propia sentencia. Externamente, los episodios de recusaciones, declaraciones altisonantes, filtraciones, etc.; internamente, «la consideración estrecha del Estatuto» (a mi juicio, el aspecto más trascendente desde una

perspectiva jurídico-constitucional) y la «carga ideológica de nacionalismo español» que contiene la sentencia, «equivalente a la que portaba el Estatuto de nacionalismo catalán» (pp. 95-96). La consecuencia política es bien conocida: se inicia una «deriva independentista» en Cataluña en el contexto, además, de una grave crisis económica y de una crisis de las instituciones y de la política, que aún no ha escrito sus últimas páginas.

5. Situados en el contexto de la crisis del Estado autonómico y la propuesta de reforma constitucional también como una respuesta a esta crisis, el libro se adentra en los distintos elementos del modelo de organización territorial a fin de analizar su funcionamiento, sus desajustes y, en consecuencia, plantear las puntuales propuestas de reforma.

En relación a la organización institucional de las CCAA las propuestas de cambio son prácticamente inexistentes. En puridad, se trata de un ámbito de autoorganización respecto al cual la Constitución federal apenas tiene que decir. Si quiero destacar la defensa que se hace de la emulación entre los distintas CCAA. No resulta habitual esa defensa; por el contrario, son habituales las críticas al seguidismo de unas Comunidades respecto a otras. Sin embargo, coincido plenamente con Aja en que la utilización de la experiencia de otros territorios para atender a un problema semejante no debe ser objeto de crítica sino de elogio.

En relación a las competencias, lo primero a destacar es, como ya se ha apuntado, la anomalía que supone la remisión a los Estatutos de Autonomía

para que definan las competencias que corresponden a cada Comunidad. En los sistemas federales, la distribución de competencias se encuentra fijada en la propia Constitución federal (p. 156). A partir de aquí se explica no sólo la estructura del reparto sino también la evolución hasta coincidir todas las Comunidades en el techo competencial del art. 149 CE. Sostiene Aja que la desaparición de esta diferencia competencial inicial «permitía poner de relieve otra distinción más justificada basada en la existencia de hechos diferenciales específicos en algunas CCAA» (p. 160), esto es, superada la asimetría coyuntural propia del proceso de configuración del modelo era necesario reconocer la asimetría estructural consecuencia de la diversidad lingüística, jurídica, geográfica o histórica.

En cualquier caso, el primer cambio a introducir desde una perspectiva competencial sería el referido a la estructura de las competencias para incorporar la fórmula habitual del federalismo: la Constitución fija las competencias que corresponden al Estado federal, así como su definición, con una cláusula residual a favor de los territorios en todo lo demás.

Debe destacarse también en este capítulo la propuesta para superar la conflictividad competencial, uno de los grandes agujeros negros de nuestro modelo territorial. El problema está fundamentalmente en las competencias compartidas con la estructura bases-desarrollo (Aja las denomina «concurrentes», mostrando gráficamente la confusión que provocan). Prácticamente todas las leyes presentadas por el legislador estatal como básicas gene-

ran un conflicto competencial al entender alguna Comunidad que ha invadido en algún punto su espacio competencial y ese conflicto se traslada al Tribunal Constitucional, convertido de esta forma en delimitador ordinario de lo básico, que incluso se ha arrogado expresamente esa función (STC 31/2010). Frente a esta concepción jurídica de lo básico, el autor nos propone una concepción política. En esa concepción política las bases deben ser establecidas de forma consensuada por el legislador estatal (Congreso) y las propias CCAA, presentes en el Consejo territorial que sustituya al actual Senado. De esta forma, si las bases son acordadas por el Estado con las Comunidades Autónomas los conflictos competenciales disminuirán y el Tribunal Constitucional ceñirá su labor a la resolución de los posibles conflictos sin intervenir directamente en el reparto de poder político derivado del reparto competencial.

En cuanto a las relaciones entre el Estado y las CCAA, relaciones de colaboración o intergubernamentales, se hace un excelente análisis no sólo de su diseño sino fundamentalmente de su práctica y carencias. El presupuesto es el carácter vertical de nuestro modelo de relaciones, frente a la lógica horizontal del federalismo. La explicación radica en el carácter devolutivo del proceso de configuración del Estado autonómico a partir de un Estado fuertemente centralizado. Y de aquellos polvos vienen algunos lodos que deberían haber sido resueltos mediante la reforma constitucional.

Así se ha ido configurando una organización institucional de relación en

la que se mantiene el predominio del Estado. Las conferencias sectoriales, convertidas en pilar básico del sistema de relaciones ante la ausencia de un Consejo territorial, dan una preeminencia excesiva al Gobierno central, que puede convocarlas a su antojo, y carecen de una estructura horizontal, a diferencia de lo que ocurre en Alemania o Suiza (p. 201). Pero, a su vez, dado que esta estructura institucional no tiene reconocimiento constitucional y su regulación legislativa es muy parca ni siquiera está claro qué y cuáles son las conferencias sectoriales. En este sentido, Aja nos ofrece una interesante distinción entre las conferencias sectoriales como órganos de colaboración voluntaria y los consejos de coordinación, categoría en la que incluye al Consejo de Política Fiscal y Financiera, al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y al Consejo General de Ciencia y Tecnología. Se trata de órganos que permiten al Estado conseguir una orientación coherente del ejercicio de las competencias y requieren contar con un título competencial específico de coordinación (p. 207). Un tercer tipo en esta clasificación serían los órganos del Estado en los que se da participación voluntaria a las Comunidades en los casos de telecomunicaciones o tráfico y circulación vial.

En fin, ante un modelo de relaciones ciertamente caótico y la ausencia de una cultura de colaboración, Aja nos propone introducir en el modelo las técnicas y las instituciones que pongan remedio a los defectos pero también construir una teoría general de las relaciones presidida por el principio de lealtad federal (p. 227).

Colaborar no es centralizar pero para que esto sea entendido y aceptado resulta fundamental que las relaciones no sean sólo verticales sino también horizontales.

Respecto a la financiación de las Comunidades Autónomas, se advierten los dos problemas que han lastrado la autonomía financiera. Por un lado, la remisión del modelo a una ley orgánica, la LOFCA, convertida por ello en auténtico canon de constitucionalidad. En este sentido, hace las veces de Constitución pero con el inconveniente de que formalmente es una ley orgánica y puede ser modificada como cualquier otra ley orgánica. Esto conlleva, como se explica bien en el libro, al menos dos problemas: la relación conflictiva con los Estatutos de Autonomía, resuelta en la STC 31/2010 a favor de la LOFCA para garantizar un sistema general de financiación, y la tentación de modificar el modelo quinquenalmente, con la inestabilidad que ello conlleva. El segundo problema del modelo de financiación autonómica apenas pergeñado en la Constitución es la coexistencia de un sistema común y una excepción foral aplicable a Navarra y al País Vasco, claramente beneficiosa para estos territorios y que, por tanto, quiere ser emulada por otros.

En la práctica, se ha configurado un sistema que tras sus diversas reformas ha avanzado en la autonomía de ingresos para las CCAA a través de los impuestos cedidos por el Estado, en ningún caso de los impuestos propios que apenas suponen el dos por ciento de los ingresos en el mejor de los casos. En definitiva, un sistema al socaire del debate político coyuntural, en perma-

nente estado de cambio y bastante opaco de lo que deriva una conflictividad permanente incluso sobre la definición de los propios elementos que lo configuran como muestra el conflicto en torno a las balanzas fiscales.

6. Más allá del repaso a los elementos configuradores del Estado autonómico: reparto, relaciones y financiación, merecen especial atención en el texto dos asuntos específicos: la reforma de Senado y los hechos diferenciales. Ambos tienen un alcance configurador del modelo. El primero porque sin sustituir al actual Senado por un Consejo territorial resulta imposible atender de forma adecuada a las deficiencias advertidas en el funcionamiento del Estado autonómico. El segundo porque, a juicio del autor, constituye el segundo eje sobre el que se asienta la necesidad de la reforma, junto a la mencionada superación de las deficiencias funcionales.

La posición de Eliseo Aja sobre la reforma del Senado es bien conocida. Se ha plasmado en distintos escritos y se resume, lógicamente, en este libro. En puridad no se trata de reformar el Senado sino de sustituirlo por un consejo territorial formado por los gobiernos de las distintas Comunidades Autónomas, y no por representantes de los grupos políticos elegidos en los distintos territorios. El Senado actual es un duplicado del Congreso pero sin poderes, subordinado siempre al Congreso (p. 301). En cualquier caso, la razón para esta sustitución del Senado no es sólo su escasa utilidad sino fundamentalmente la «necesidad de contar con una institución central del Estado, junto al Congreso, donde partici-

pen las Comunidades Autónomas con un carácter federal» (p. 313). El problema es que nos falta un consejo territorial, y posiblemente nos sobra una cámara duplicada. Pero esta no es una tesis sostenida en una concreta página del libro sino la conclusión derivada de cada uno de los capítulos. Es relevante destacarlo pues en el actual debate sobre la reforma constitucional existe el riesgo de conformarnos con una reforma cosmética del Senado que le dé apariencia de cámara de representación territorial al elegir a los senadores en las Comunidades Autónomas pero no sirva para resolver los problemas de funcionamiento advertidos en el Estado autonómico al mantener la representación de la ciudadanía, a través de los grupos políticos, y no de los territorios a través de sus gobiernos. El problema, como bien explica Aja, no es la escasa representación territorial en la composición y funciones del Senado actual sino la ausencia de un lugar de encuentro formalizado de las regiones entre sí que permita a su vez una interlocución con el Estado. Los supuestos que reclaman este Consejo territorial van apareciendo de forma recurrente a lo largo de todo el texto, usando como referencia los modelos de Alemania o Austria. Así, empezando por el propio procedimiento de reforma constitucional, los Länder alemanes no participan directamente en el procedimiento de reforma pero tampoco les resulta ajeno pues su Consejo territorial (el *Bundesrat*) debe aprobar la reforma constitucional (p. 114). También la laguna de la participación autonómica en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional encontraría una res-

puesta a través de este modelo pues los magistrados designados por este Consejo se entienden designados en la práctica por las Comunidades Autónomas (p. 194). No obstante las consecuencias más importantes de la creación de este Consejo afectan al reparto competencial y a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Hemos explicado antes que el intrincado problema de la legislación básica, uno de los aspectos que más conflictividad ha generado, encuentra una solución adecuada si las propias Comunidades pudieran participar en la elaboración de la legislación básica a través de un Consejo territorial (p. 164). Y, finalmente, en el marco de la imprescindible relación entre los distintos poderes territoriales, la ausencia de un Consejo territorial ha dado lugar a la aparición de lugares de encuentro como las conferencias sectoriales, el Consejo de Política Fiscal y Financiera o la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea para realizar las tareas propias de un Consejo territorial pero con un carácter desformalizado, sin la condición de órgano constitucional, sin poder exigir responsabilidad política e incluso generando en algunos casos inseguridad jurídica.

En este sentido, el Senado-Consejo territorial que se propone realizaría sus funciones en tres ámbitos: en el de la legislación, para hacer posible la intervención de las CCAA en la tramitación de las leyes que les afecten directamente, acotando claramente cuáles son éstas; en las relaciones intergubernamentales, para impulsarlas y dirigir-las; y en la participación de las CCAA

en las decisiones del Estado y en las decisiones comunitarias en las que interviene el Estado español.

En cuanto a la difícil cuestión de los hechos diferenciales, el texto parte de que es un mito la simetría del federalismo. En los federalismos más recientes suelen reconocerse diferencias estructurales entre los miembros de la Federación basadas en la lengua, el derecho privado o las estructuras territoriales (p. 326). El federalismo en España debe seguir esa senda pues existen factores estructurales diferentes en algunas Comunidades (lengua, derecho civil especial, régimen fiscal, etc.) con diversa intensidad. Además, no puede soslayarse la influencia de partidos políticos definidos por la representación y defensa de intereses de una Comunidad.

Ello requiere un tratamiento constitucional específico que, ciertamente, carece de referencias comparadas plenamente asimilables pues los supuestos asimétricos de Canadá o Bélgica son distintos. El problema real es que existen pueblos con una identidad propia y esa realidad política tiene también una dimensión jurídica. En este sentido, defiende el autor el concepto de «hecho diferencial» como reconocimiento constitucional de una personalidad histórico-política diferenciada que proporciona un fundamento objetivo para las instituciones autonómicas más allá de la genérica potestad de autogobierno (p. 329). Pero esos hechos diferenciales no son indefinidos sino que pueden ser concretados para cada Comunidad (así se hace en la página 330) y deben ser reconocidos en la Constitución. De hecho, en el texto se

va delimitando ese alcance. Me detengo someramente en los dos aspectos más polémicos en torno a ese reconocimiento de los hechos diferenciales: el concepto de nación y el derecho de autodeterminación.

Respecto a la relatividad y complejidad de la idea de nación, entiende Aja que la Constitución no ha previsto repercusiones competenciales o financieras para la definición que hiciera cada Estatuto de Autonomía. Con ese presupuesto podría perfilarse un nuevo sistema conceptual de nación, nacionalidades y regiones, atendiendo a las aspiraciones de cada uno de los territorios (p. 357). Según el autor, «si partimos de la complejidad de España como nación puede aceptarse la existencia de una pluralidad nacional que comprenda la existencia de varias naciones y nacionalidades que se relacionan con la nación España, en forma distinta, y esto no es un problema si se alcanza un concepto nacional que no es excluyente sino complejo y complementario» (pp 359-360). En este sentido, nos recuerda que el federalismo ha servido tradicionalmente para integrar unidades políticas diferenciadas en su idea de nación.

En cuanto al derecho de autodeterminación en su eufemística denominación como «derecho a decidir» que ideó Ibarretxe en el País Vasco y se ha consolidado más recientemente en Cataluña el autor se muestra sumamente crítico. Rechaza su ambigüedad: ni es un derecho ni se dice qué se decide. Se utiliza porque suena menos radical que «autodeterminación» y evoca la legitimidad democrática. Sin embargo, no puede ocultar la falta de

fundamento jurídico y la imposibilidad de imponer un genérico principio democrático a los procedimientos constitucionalmente establecidos. Frente a la visión simplista de la autodeterminación unilateral que se ha extendido en Cataluña nos recuerda las condiciones establecidas en Canadá por el Tribunal Supremo en 1998.

7. En fin, estamos ante un libro imprescindible para quien quiera acercarse a nuestro modelo territorial pero a su vez también para el debate constitucional actual pues aporta dos elementos fundamentales. Por un lado, una imbricación del planteamiento teórico con la práctica real que ayuda a entender mejor los problemas; por otro, una posición clara sobre los distintos debates abiertos, sin esquivar los asuntos polémicos. Todo ello expuesto con sencillez y claridad por quien conoce desde su origen este inédito intento de descentralización política en nuestra historia constitucional y hace propuestas para abordar los problemas tanto funcionales como esencialistas, seguramente imbricados, que han provocado su actual crisis. En este sentido, la respuesta a la actual crisis del sistema autonómico es la reforma parcial de la Constitución en un marco federal «porque es el único que contiene técnicas constitucionales útiles para el Estado autonómico» (p. 368). Se trata, en definitiva, de «eliminar restos funcionales de centralismo, resolver las dificultades sobrevenidas, aclarar ambigüedades y desajustes y consolidar un sistema coherente, que funcione con eficacia y que los ciudadanos puedan entender y valorar» (p. 369). Por ello, son muchos los cambios necesari-

rios que se desgranar con detalle en esta obra. No obstante, para el debate abierto sobre la reforma constitucional hay dos aspectos axiales que quiero reiterar: no se trata de reformar el Senado dándole más funciones o acercando su composición a la representación de las CCAA sino de sustituirlo por un Consejo territorial y la reforma no puede soslayar el reconocimiento de los hechos diferenciales de los distintos territorios para garantizar la unidad en la diversidad.

Termino con dos ideas sobre el procedimiento a seguir para la reforma constitucional que me parecen especialmente relevantes. En primer lugar, se propone una reforma parcial

dirigida a corregir defectos estructurales, evitando la idea de reforma total (p. 394), de nuevo proceso constituyente para no seguir repitiendo los errores de nuestra triste historia constitucional. En segundo lugar, nos recuerda Aja que «el consenso en las reformas constitucionales siempre es bueno, pero el consenso no existe antes de iniciar el proceso sino que se va formando poco a poco mientras se avanza en la discusión del proyecto» (p. 395).

JOSÉ ANTONIO  
MONTILLA MARTOS

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Granada*

ROBERTO BLANCO VALDÉS. *El laberinto territorial español*, Alianza, Madrid, 2014.

Es posible que la fórmula territorial diseñada por el constituyente tenga muchas carencias. Pero nadie podrá decir que una de ellas es la bibliográfica. Desde la aprobación de la Constitución de 1978, las monografías y artículos sobre el denominado Estado autonómico, se han ido sucediendo, acumulando cantidad y calidad. En la memoria de cualquier persona familiarizada con los estudios constitucionales, están presentes un número significativo de obras y autores que, más allá de ayudar a la mera comprensión de esta forma territorial del Estado, han contribuido, en ocasiones de forma decisiva, a su diseño. Parodiando la ya vieja expresión del profesor Aragón, el Estado autonómico no sólo ha sido un Estado jurisprudencial, sino, también, un Estado doctrinal.

Entre aquellos nombres que, por derecho propio, forman parte de la columna que ha vertebrado nuestra forma de ver el Estado, nadie duda que el de Roberto Blanco Valdés figura entre ellos. Si se cita al autor, inmediatamente vienen a la cabeza algunas de esas obras señeras de las que podemos servirnos para comprender y seguir avanzando en el estudio del Estado autonómico. Por ello, un nuevo libro de Blanco Valdés es siempre el anuncio de nueva luz. De una luz que no ha de dejar indiferente a nadie, porque sabido es que no caracterizan al autor las me-

dias palabras ni el refugio en la más estricta pulcritud del Derecho. Como los mejores ensayistas, desde el rigor de un amplio conocimiento del tema y de un más amplio soporte documental, busca siempre de transmitir una opinión y forjar opinión. Lo ha hecho en toda su obra y vuelve a hacerlo en este nuevo libro que nos ocupa.

Un libro del que, inmediatamente, hay que decir que, en buena medida, sintetiza una parte significativa de su obra sobre el Estado autonómico. Más bien, de la idea territorial de España, en su presente y en su pasado. España, federalismo e historia, son tres vértices de toda la obra de Blanco Valdés que emergen con fuerza especial en esta obra. La intención no es otra que responder a la pregunta que el propio autor se formula al principio del libro: ¿Cómo hemos llegado a esto? Un esto que traduce en el desafío del nacionalismo, no ya a la unidad del Estado, sino a las reglas del juego democrático. La reciente evolución de los nacionalismos gallego, vasco y, muy singularmente, catalán, explican a su parecer la necesidad de formularse la pregunta e intentar la respuesta.

El intento de encontrar respuesta explica la estructura del libro. El autor mira hacia atrás y constata que el desafío a la democracia es tan viejo como nuestros intentos de descentralización. Para demostrarlo, dedica sendos am-

plios estudios al proyecto de Constitución Federal de la Primera República y al modelo regional de la Segunda República, con especial atención a la insurrección cantonalista de 1873 y a la sublevación armada de la Generalitat de 1834. En los dos supuestos, observa un comportamiento desleal e irresponsable del nacionalismo que puso en grave peligro no sólo la descentralización sino la propia democracia. Por su trascendencia histórica, destaca las consecuencias que tuvo la sublevación de Companys en 1934 sobre el devenir de la República. Junto a ello, el autor pone en evidencia una realidad que, a menudo, se ha soslayado y que estimo de la mayor importancia. La Constitución de 1978 anuda a la circunstancia de haber refrendado un texto estatutario durante la II República, el acceso a la autonomía por la denominada vía rápida y, al menos en un primer momento, la condición de nacionalidad. Un mandato normativo que traduciría la premisa de que Galicia, País Vasco y Cataluña son los territorios en los que el deseo de autogobierno es real, como demuestra la historia. Sin embargo, y como enseña el profesor Blanco Valdés, la realidad dista de ser así. Los avatares de los textos estatutarios de Galicia y País Vasco, permiten afirmar que, en sentido estricto, la condición demandada por el constituyente sólo la cumplía Cataluña. Y, lo más olvidado, que si se era laxo, no se debía olvidar que otros muchos territorios, tenían muy avanzado el texto de su Estatuto de Autonomía. Algo que le permite al autor afirmar que, sin Guerra Civil, la República habría evolucionado hacia un modelo federal, con autonomía ge-

neralizada a todo, o casi todo, el territorio.

Desde estas premisas históricas, el autor se adentra en el examen de lo que viene a calificar como Tercera República, la Constitución de 1978. Denominación que utiliza con el objetivo de reforzar la continuidad histórica que ilustra su argumentación. De entrada, subraya como gran diferencia entre el proceso de 1931 y el derivado de la Constitución de 1978, el respeto a la Constitución que ha caracterizado al segundo. Una apreciación que se realiza en el marco de una reivindicación general y expresa de la transición. En su estudio, subraya algunas notas tanto del texto constitucional como de su desarrollo. Destaca la textura asimétrica de la Constitución, en consonancia con la visión que el nacionalismo, especialmente vasco y catalán tenían, y tienen, del Estado. Desde esta premisa, recuerda las líneas generales de la evolución del Estado, subrayando su nítida evolución en sentido pro descentralización, hasta el extremo de que hoy es posible afirmar, como lo ha hecho la mejor doctrina comparada, que España es un Estado que pertenece a la gran familia del federalismo. Una afirmación que refuerza con su profundo conocimiento del federalismo comparado, reflejado en su imprescindible obra *Los rostros del federalismo*.

Todo ello le sirve para adentrarse en el examen de la deriva del denominado nacionalismo periférico hacia la independencia como objetivo político expreso. Si bien se centra, por razones evidentes, en el desaffo del nacionalismo catalán, dedica una breve referencia al nacionalismo gallego y estudia con

detenimiento la evolución del nacionalismo vasco, en especial el denominado Plan Ibarretxe. Precisamente, en este punto, la rápida evolución de los acontecimientos, plantea el primer matiz que es necesario hacer a esta obra. Hoy, pienso, una de las lecturas imprescindibles del presente de la cuestión territorial en España es la muy diferente evolución de Cataluña y País Vasco, lo que es tanto como decir de PNV y CDC. Incluso de sus sociedades, si se recuerda que en el País Vasco el deseo de independencia, en continuo descenso en las últimas encuestas, se encuentra según el último Euskobarómetro en un 20%. Así, frente a la lectura conjunta del nacionalismo que se realiza en el libro, hoy parece necesario singularizar el caso catalán. Lo que es tanto como interrogarse por las razones que han provocado que en una circunstancia histórica tan propicia, el nacionalismo vasco haya rehusado expresamente el objetivo de la independencia. Pero ésta es otra historia.

El lector tendrá ocasión de tener un detallado análisis no ya del estricto contenido jurídico del Estatuto de Autonomía de Cataluña, sino de las circunstancias que rodearon sus sucesivas redacciones, así como el juicio final del Tribunal Constitucional sobre el mismo. El relato que construye Blanco Valdés es de alabar. Por necesario e inusual. En demasiadas ocasiones, en nuestra doctrina se prescinde del «contexto», como si aquello que no sea exactamente letra de norma, no tenga relevancia para el estudioso. La tiene, y mucha. Si alguien tiene alguna duda, sólo tiene que leer este libro para dilucidarla.

Así, Blanco Valdés llega a 2012, y con esta fecha, a la última parte de su libro, y auténtica razón de ser del mismo. Para el autor, si algo ejemplifica la deslealtad del nacionalismo para con el proyecto, es el reciente debate soberanista catalán. Ese periodo que, con ingenio, se denomina Cataluña entre pancartas. Con acierto, y distinguiéndose del lugar común de ver en 2010, fecha de la Sentencia sobre el Estatuto, el autor sitúa en 2012 la fecha de referencia de la crisis actual. Es el año de la primera gran manifestación soberanista con motivo de la Diada del 9 de septiembre. Es también, aunque no aparece en el discurso del libro, el año en el que CDC modifica sus Estatutos y proclama como principal objetivo de la formación, el Estado propio. El lector podrá hacer un recorrido fidedigno por lo acontecido en los años transcurridos hasta la publicación del libro, incluyendo un pormenorizado y fundamental análisis de las diferentes resoluciones del Parlamento de Cataluña, auténtico termómetro político de la situación y que se remonta al ya lejano 1998. Como se dijo, no se rehúye el análisis político y, en consonancia, se destaca el ambiguo papel jugado por el PSC que, como recuerda, llevó a Patxi López a expresar cansancio y sorpresa, desde la comparación con el papel jugado por el Partido Socialista de Euzkadi en un entorno mucho más delicado, por ser suaves.

Llegados a este punto, el autor se enfrenta a la cuestión del llamado derecho a decidir. Desnudando al santo, lo define como lo que es, una forma del derecho de autodeterminación. Ello le permite enfrentar su posible

ejercicio a las condiciones objetivas de Cataluña, y llegar a la natural conclusión de que en ningún caso se dan en este territorio las condiciones que para el Derecho internacional legitiman su ejercicio. Junto a ello, estima imposible, de acuerdo con el presente marco constitucional, la celebración de un referéndum sobre este particular, ni siquiera a título consultivo. Más allá, se adentra en las posibles razones que pudieran legitimar, o explicar, un eventual ejercicio de la secesión. Las respuestas que obtiene a los diferentes interrogantes que se plantea son rotundas. No hay ninguna razón que pueda explicar el actuar proceder del nacionalismo, vasco, catalán o gallego. Por un lado, es objetivo que se ha alcanzado un alto nivel de descentralización, comparable, como se dijo, a los Estados federales más descentralizados. Por otro, ha existido un efectivo reconocimiento de la pluralidad territorial. Finalmente, rechaza la tesis de que haya separatistas y separadores. Entiende que es una falacia hablar de nacionalismo español. Si ese nacionalismo hubiese existido, otro hubiese sido el discurrir del debate territorial. Me parece necesario destacar la importancia de esta parte de la argumentación del autor. Más allá de la imprescindible argumentación jurídica, es preciso confrontar tesis con el nacionalismo. Algo que, normalmente no se hace. Cuando se entra en el terreno ideológico, la tendencia es a hacerlo desde una premisa de culpa. Utilizando al autor, hacerlo desde la premisa de la aceptación de la culpa del nacionalismo español. Es conocido que no es ésta la posición del autor del traba-

jo, quien disputa sin prejuicios la realidad al nacionalismo. Algo imprescindible.

Precisamente, las circunstancias en las que en general se plantea este debate ideológico, ayudan a explicar la fisura más importante que, a juicio de este lector, ofrece el libro. Comparto plenamente la idea de que el nacionalismo español es muy débil, y políticamente casi irrelevante, como, por otra parte, ponen de manifiesto de forma reiterada, distintos estudios de opinión. Y también que desde la aprobación de la Constitución de 1978 se ha realizado un reconocimiento relevante del pluralismo territorial. Ahora bien, considero que estas apreciaciones deben ser complementadas. Creo que la descripción que realiza el autor convive con el hecho de que aún hoy es posible detectar en gran parte de las estructuras administrativas del Estado, una objetiva incomprensión de lo que significa un Estado descentralizado. Incomprensión con consecuencias diarias en las dinámicas del Estado autonómico y que explica, en parte, y a pesar de la afirmación del autor, el objetivo proceso de centralización acaecido en los últimos años, y que ha ido bastante más allá de lo explicable debido a los efectos de una crisis económica severa en un Estado descentralizado.

Los matices anteriores me ayudan a plantear en forma dialéctica las dudas más importantes que pueden suscitar algunas de las tesis que se sostienen en el libro. Es punto de partida de su construcción, que el nacionalismo engendra a las naciones y no a la inversa. Desde esta premisa, con coherencia, y con el soporte argumental que le apor-

ta lo escrito anteriormente, concluye ya en páginas finales, que el secesionismo no tiene causas objetivas. Su causa es la consecuencia de la voluntad de los nacionalistas de alcanzar un Estado propio. Como la verdadera singularidad y hecho diferencial de nuestro federalismo es, precisamente, la existencia de los citados partidos nacionalistas. Esta convicción es la que explica que, de forma argumentada, el autor rechace las distintas posibles alternativas a la situación actual. A saber: reforma del modelo de financiación, pactando un modelo singular, «a la vasca», para Cataluña; diseño de un modelo federal asimétrico; y celebración de un referéndum sobre la independencia. He escrito que en esta síntesis emergen mis dudas. Dudas que creo compatibles con la mayoría de las afirmaciones y razonamientos del autor. Son, por tanto, mayormente, dudas sobre el diagnóstico y la propuesta de conllevanza orteguiana que parece avalarse en el libro.

Tienen un alcance diverso. La primera se acerca a la discrepancia. Es difícil negar la relevancia que para la forja de las naciones tienen los nacionalismos y, en consecuencia, los partidos con esta filosofía. Nada que objetar en este punto. Pero una pregunta queda forzosamente en el aire: ¿Cuál es el presupuesto de que existan nacionalismos? ¿Por qué existen en unos sitios sí y en otros no? ¿Sólo la existencia de partidos nacionalistas explica la vinculación de identidad y opción política? ¿No puede ser al revés, que allí donde existe una identidad fuerte, por la razón que sea, es dónde surjan los partidos nacionalistas? Más allá, ¿Qué hacer

con el dato objetivo de su existencia en los términos que reiteradamente muestran los distintos procesos electorales en País Vasco y Cataluña? En resumen, el papel que, objetivamente, los partidos nacionalistas desempeñan en el desarrollo del sentimiento nacionalista político, no exime de la necesidad de explicar por qué existen. Ni, más importante, de la necesidad de aceptar que, por su misma existencia, sea cuál sea la causa, va a ser preciso enfrentarse a problemas constitucionales que son inexistentes en otros Estados.

La segunda duda, es duda real. ¿Es la conllevanza orteguiana la mejor opción? En consecuencia, y cómo no habría soluciones reales, ¿Lo menos malo sería mantener la situación actual? Personalmente, puedo coincidir, al menos, con una parte del razonar orteguiano. Pero creo que ello no evita ir más allá. Dicho de otra manera, incluso la posibilidad de la conllevanza exige ir modulando el modelo, de manera que ésta sea efectivamente posible. El actual debate soberanista es consecuencia del desplazamiento de una parte de la población a posiciones no compatibles si quiera con la conllevanza. Y es difícil dudar de que a medio o largo plazo, la conllevanza, y con ella la unidad, exige que la mayoría de la población catalana esté dispuesta a, cuando menos, conllevarse. Es por ello, y para ello, que creo preciso plantear alternativas a la situación actual. Haciéndolo, desde luego, como recuerda en sus últimas líneas el autor que dijera Ortega, «Con la ley. No se puede gobernar la democracia de otra manera».

El gran mérito del libro es plantear estos, y otros muchos, interrogan-

tes, desde la lucidez, solidez, y buen hacer literario, que caracteriza la obra de Blanco Valdés. Decía al principio que nuestro Estado autonómico no está falto de obras de referencia que ayudan a su comprensión y que han modelado su diseño. El laberinto territorial español pasa a formar parte de ese canon imprescindible para comprender una

historia y un presente que, pese a su objetiva complejidad, muchos gustan de simplificar en exceso.

JOSÉ TUDELA ARANDA  
*Profesor de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Zaragoza*  
*Secretario General*  
*Fundación Manuel Giménez Abad*

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA. *La monarquía doceañista (1810-1837)*, Marcial Pons, 2013.

«Aquí, entre vosotros, a faz del Cielo y de la tierra, declaro mi espontánea adhesión y aceptación libre y entera de las instituciones políticas que acabo de jurar en nombre y presencia de mi augusta hija». Con estas palabras la reina regente cerraba el 18 de julio de 1837 el ciclo constitucional abierto la tarde del 24 de septiembre de 1810 por Muñoz Torrero en Cádiz. Entre estas dos fechas se encuadrará el debate doctrinal y la práctica de la forma de gobierno prevista en la Constitución de 1812 que Joaquín Varela denominará «La monarquía doceañista». De los avatares, encomios y denuestos de esta forma de gobierno, como se señala expresivamente en su subtítulo, trata pues el libro del profesor Varela publicado en el 2013.

La obra es sin embargo, a mi juicio, bastante más que eso. En ella discurren entrelazadas una verdadera historia de la vigencia e interpretación de Constitución de 1812, una historia de la configuración de la institución monárquica en el primer constitucionalismo y, en último término, un estudio de la evolución ideológica del primer liberalismo español o, lo que es casi lo mismo, una historia de la relación del liberalismo con el texto gaditano. Y todo ello aplicando una concepción metodológica de la historia del constitucionalismo que combina el análisis normativo-institucional con el dogmá-

tico sin perder de vista la perspectiva política y social. Un método que ha caracterizado siempre al profesor Varela y desde el que ha contribuido sin duda a revitalizar una historia del constitucionalismo entendida como disciplina histórica, pero en buena medida «sub specie iuris», que estudia, en palabras del autor, «la génesis y el desarrollo de la constitución del Estado liberal y liberal democrático.» Su utilización de categorías como la de «modelos constitucionales» ha contribuido a una nueva visión global del constitucionalismo español y este libro, fruto de más de veinticinco años de reflexiones sobre el tema, es un buen ejemplo de ello.

*La monarquía doceañista* es en primer lugar la obra que, dentro del bicentenario, completa el análisis del Texto gaditano que el autor llevó a cabo en su muy conocido libro sobre la Teoría del Estado en las Cortes de Cádiz, publicado de nuevo en el 2011 con este título y que proviene de su tesis doctoral sobre la soberanía nacional y la reforma constitucional en 1812. En esta monografía, como es sabido, el profesor Varela analiza los debates constituyentes para comprobar la aceptación por las Cortes de los elementos básicos de la teoría constitucional revolucionaria, señaladamente el principio de soberanía nacional y la distinción entre su titularidad y su ejercicio.

De ahí que en Cádiz, como subraya el autor en la obra ahora reseñada, «se modificara la posición del rey hasta hacer irreconocible la monarquía resultante sobre todo en lo que concierne al problema del poder constituyente y de la reforma constitucional». La exclusión del monarca del procedimiento de reforma deviene así una de las decisiones más importantes del texto gaditano. Por otra parte la rigidez de dicho procedimiento pretenderá no sólo defender el orden constitucional frente al monarca y las fuerzas sociales que le apoyan sino garantizar también cualquier reforma futura. Para el profesor Varela ello supondría que en Cádiz la Constitución es entendida por los liberales como un punto de partida y no de llegada, y que la propia existencia de la monarquía era disponible por el poder de reforma. Más allá de las objeciones que puedan realizarse a esta última afirmación, que quizás minusvalora el peso y la trascendencia política e ideológica de la Corona en el «momento gaditano», lo cierto es que el autor, reiterando este planteamiento desde la teoría de la soberanía, lo complementa en esta obra con un detallado análisis de la configuración de la división de poderes en la Constitución de 1812. En este sentido el análisis de los poderes del monarca va a determinar la «forma de gobierno» establecida en el texto constitucional. Una forma de gobierno que el profesor Varela entiende en un sentido clásico, y donde llega a utilizar conceptos como el de «dirección política», abandonando significativamente la noción de «sistema político» del que se había servido, en la línea del profesor Artola, en obras an-

teriores. Este análisis resultará clave en cuanto, como siempre ha subrayado el autor, «al fin y al cabo, en España como en el resto de Europa, el conflicto entre el Antiguo Régimen y el nuevo orden liberal se concretaba en un conflicto entre el Rey y las Cortes en el ámbito normativo e institucional».

Desde un análisis, más que de los modelos constitucionales comparados, de la recepción de los mismos en el liberalismo español, el autor subraya que los diputados gaditanos no sólo desconocían la verdadera forma de gobierno vigente en Gran Bretaña en esa época, por entonces mucho más parlamentarizada a través de las convecciones constitucionales de lo que la imagen doctrinal clásica de la monarquía constitucional inglesa dejaba entrever, sino que tampoco esta última les satisfacía, unidos aquí, liberales y realistas, por el común deseo de reducir los poderes de una monarquía desprestigiada ya antes del proceso constituyente. De ahí que, en paralelo también con su opción dogmática de fondo, los liberales gaditanos optaran por el modelo francés de 1791, una «monarquía nacional» que «configuraba al Rey como servidor de un parlamento nacional» y que se adecuaba perfectamente a las aspiraciones liberales y al contexto político de Cádiz. La imagen resultante del análisis del derecho positivo es la de una forma de gobierno «en las antípodas de un sistema parlamentario». El Rey, en el Texto de 1812, participa en la dirección política del Estado pero lo hace de manera claramente subordinada a las Cortes. Todo ello configurará, al igual que la Constitución francesa de 1791, y en una nueva adjetivación

del profesor Varela, un tipo «extraño» de monarquía, la «monarquía doceañista». En todo caso esta «extrañeza» debe entenderse al menos en dos sentidos. El más obvio, el de que semejante forma de gobierno, y sus presupuestos políticos e ideológicos, fueron casi inmediatamente abandonados por una parte muy mayoritaria del liberalismo, y por ello no volverán a consagrarse en ningún texto constitucional español del siglo XIX. En segundo lugar, en el sentido de no encontrar encaje en las categorías doctrinales al uso a la hora clasificar las formas de gobierno monárquicas del constitucionalismo europeo. Así, desde una perspectiva teórica, el profesor Varela, en línea con las tesis de Ignacio de Otto, entiende que la llamada «monarquía constitucional», más allá de un acepción amplia, en donde sirve para diferenciar ciertas monarquías basadas en un texto constitucional de las monarquías absolutas o de las monarquías limitadas de las cartas otorgadas, presupone, en un sentido estricto, una determinada concepción de la soberanía y una cierta forma de gobierno consecuente con ella. La «monarquía constitucional» implicaría así que la norma suprema es fruto de un pacto entre el Rey y las Cortes, esto es, que la soberanía es compartida, y que por tanto el Rey participa al menos en el procedimiento de reforma, y por otra parte, que ejerce determinadas facultades legislativas y de dirección política en general que determinan un cierto equilibrio entre Rey y Cortes. Desde estos planteamientos teóricos, resulta obvio que la Constitución gaditana, dada su excluyente reafirmación de la soberanía nacional y la conse-

cuente ausencia del Rey en el poder de reforma, no constituye estrictamente una «monarquía constitucional». Nos encontraríamos, más bien, ante una monarquía «democrática» o «republicana», en palabras del profesor Varela. Por otra parte, desde el punto de vista de las funciones ordinarias de gobierno, la monarquía gaditana se aproxima al tipo asambleario o convencional. No puede considerarse bajo este aspecto como «democrática», porque en este ámbito la monarquía democrática implica recoger en el texto constitucional las convenciones constitucionales que han podido ir dando lugar a la parlamentarización del tipo de la monarquía constitucional, pero tampoco puede calificarse como «monarquía parlamentaria», puesto que esta, en opinión del profesor Varela, no sería un tipo jurídicamente distinto de la monarquía constitucional, sino que constituiría una evolución de la misma en donde de manera progresiva, y a través de la prácticas y usos constitucionales, se produce una reducción del poder de dirección política del monarca, dando lugar a la aparición de un gabinete con responsabilidad ante el Legislativo. Con este planteamiento teórico, el autor pretende ante todo resaltar las innegables peculiaridades de unos textos constitucionales que, producto del primer liberalismo revolucionario, consagraban sin ambigüedades el principio de la soberanía nacional, pero que, fruto a su vez de la coyuntura histórica, establecían formas de gobierno que preveían un ejecutivo en manos de un monarca ya convertido, en palabras de Sánchez Agesta, en un órgano constitucional. Una fórmula

por lo demás harto inestable como confirmó la historia constitucional. Con todo ello el profesor Varela evita probablemente las confusiones doctrinales a las que puede llevar el definir a este tipo de monarquía como «parlamentaria», en línea con los últimos trabajos de un historiador del prestigio de Artola. No obstante, la propia lógica de su clasificación le hace muy difícil aceptar conceptualmente la posible evolución de este particular tipo de monarquía doceañista hacia una monarquía parlamentaria, entendida al fin y al cabo como una monarquía constitucional «parlamentarizada» por los usos constitucionales. Quizás de ahí deriva también su rechazo a aceptar las tesis de otros autores, entre ellos las de Blanco Valdés, acerca de la parlamentarización de la forma de gobierno gaditana durante el Trienio. De ahí también su conocida calificación de la monarquía del Trienio como una «monarquía imposible», que utilizará en un conocido trabajo anterior y que no se recoge en este libro, pero que ha tenido aceptación en interpretaciones como las de Herrero de Miñón sobre el texto gaditano. Para el profesor Varela, en el Trienio no se produjo una parlamentarización de la forma de gobierno porque ello no era ni jurídicamente posible, dada la neta separación de poderes que consagraba el texto gaditano, ni políticamente necesario, en cuanto los moderados sostenían una interpretación de la constitución cercana a la forma de gobierno de la monarquía constitucional, esto es con más poderes para el monarca, y los exaltados realizaban una lectura del Texto, probablemente más cercana a su diseño origi-

nal, que no buscaba la parlamentarización sino la «asamblearización» de la forma de gobierno. De ahí, al fin y al cabo, la idea de que en el Trienio se demostrará «la dificultad, e incluso la incompatibilidad de poner en planta la monarquía prevista en la Constitución de 1812». La idea, en fin, de que la forma de gobierno, la «neta» división de poderes, habría sido el gran error del Texto gaditano. Y quizás por ello en el libro dedique una atención especial al crítico más temprano y perspicaz de la Constitución del 12, un Blanco White londinense que ya advertiría en los tiempos gaditanos, como subraya Garrido Muro «póngase freno al poder, pero que no lastime, sujétensele las manos sin envarárselas, pero que sea con lazos de seda que más parezcan adornos que prisiones. De no, una de las dos cosas ha de perecer, o el lastimado, o lo que lastima». De esta «monarquía imposible» gaditana se pasará, tras la muerte de Fernando VII, a otro tipo de modelo constitucional, el que finalmente tras el Estatuto terminará plasmándose en la Constitución de 1837. En ella, y ya con una «monarquía constitucional», en el sentido que le atribuye Varela, continuarían sin embargo las discrepancias entre moderados y progresistas sobre la posición del monarca, dado el intento de estos de convertir a la monarquía en parlamentaria. Para Varela, el fracaso de este proceso de parlamentarización de la monarquía, ahora ya sí desde una monarquía constitucional, será uno de los elementos definitorios del segundo constitucionalismo liberal. En todo caso en 1837, y veinticinco años después de la constitución de Cá-

diz, el monarca volverá a encontrarse en el centro de la vida política y constitucional del país.

Todo el planteamiento anterior implica, obviamente, una determinada lectura global del significado de la Constitución de 1812 en nuestra historia constitucional. En esta obra, el profesor Varela completa y reafirma sus conocidas tesis sobre el carácter revolucionario del Texto gaditano, encuadrable en la primera ola de constituciones liberales, junto con la americana y la francesa de 1791. Como en ellas, en Cádiz se recogerían los presupuestos propios del constitucionalismo racional-normativo. Cádiz es, pues, un texto revolucionario y no una pretendida constitución «antigua», «extraña» aquí en el sentido de injertarse en una cultura «jurisdiccional» reflejo de las peculiaridades del modelo constitucional «hispanico» e impregnada de corporativismo y de una concepción historicista del funcionamiento interno del ordenamiento. Frente a esta última visión de Cádiz, minoritaria pero pujante en torno al bicentenario, Varela parece querer remarcar, al estudiar la teoría y la práctica de su forma gobierno, el indudable carácter revolucionario de una constitución que no sólo desposeía al monarca de su participación en el poder constituyente sino que reducía sus poderes constitucionales de manera extraordinaria, desplazándolo de la dirección política del Estado. Si desde el punto de vista de la Teoría de la Constitución, Cádiz tan sólo encontrará continuidad en los textos de 1869, 1931 y 1978, desde el punto de vista de su forma de gobierno, de la decisiva

relación entre Monarca y Cortes, la Constitución de 1812 supone una etapa única en nuestro constitucionalismo liberal, que vendrá en este sentido marcado, no por el texto de Cádiz, sino por el modelo de monarquía consagrado en la Constitución de 1837. La historia que cuenta este libro es precisamente la historia del permanente desfase temporal entre el texto gaditano, y la evolución política, doctrinal y normativa del constitucionalismo europeo. En su lucha por la instauración del sistema constitucional contra el monarca absoluto, los liberales españoles quedaron tan fascinados como atrapados, por distintos motivos, en un texto mítico, odiado y amado hasta extremos hoy difícilmente imaginables como señala Varela, pero irremediablemente desacompañado respecto a la evolución constitucional de nuestro entorno. Un texto «ucrónico» ya desde el momento mismo constituyente y que hacía que España se encontrara siempre, como apuntará Clarín, «a la penúltima moda» en estas cuestiones. Y es que en torno a una constitución como la de Cádiz, revolucionaria como la de 1791 en Francia, pero sólo dos años anterior a la Carta de 1814, los liberales españoles deberán mantener su lucha contra Fernando VII en pleno Trienio, cuando la monarquía doceañista era ya, como señalaría Balmes, totalmente ajena, al «espíritu del siglo», y posteriormente, en la tercera década del siglo, y, tras la Constitución francesa de 1830, la belga de 1831, o la Reform Act de 1832, estos mismos liberales deberán articular aparentemente bajo su manto una rápida transición hacia un modelo

constitucional muy distinto al consagrado en el viejo texto gaditano.

Por todo ello el libro del profesor Varela no es sólo un estudio sobre la monarquía doceañista, o en último término sobre la historia del texto gaditano, sino también, y casi ante todo, un estudio sobre los «avatares» del primer liberalismo español en su intento por sentar las bases del nuevo estado constitucional. En definitiva, bajo este aspecto, la obra comentada constituye la aplicación al liberalismo en su conjunto del enfoque sostenido por el autor en su magnífica biografía del conde de Toreno. Un liberalismo que, como señalará Suarez Cortina, desde sus orígenes mostrará su carácter múltiple, «como una manifestación viva, plural y acomodaticia a las realidades sociales y políticas del medio en que se desarrolló». Varela califica al liberalismo de las Cortes como un liberalismo radical, aun cuando no democrático ni republicano, y describe a través de una acertada selección de momentos y personajes, el tránsito de un liberalismo revolucionario que diseñará la «monarquía doceañista» a un liberalismo «moderantista», en la conocida acepción de Jover, que englobará a progresistas y moderados. Será esta una evolución fruto de la historia política del periodo pero también de un cambio en el propio paradigma del liberalismo europeo posnapoleónico que implicará, en opinión del autor, un indudable «giro a la derecha» de todo el movimiento. Por otra parte, la amarga experiencia de los sucesivos exilios marcará sin duda al liberalismo español, pero ante todo servirá de inusitado puente por el que transitará hacia Es-

paña la mejor doctrina político-constitucional del momento. Y todo ello supondrá el oportuno abandono del viejo constitucionalismo «dieciochesco», el racional-iusnaturalista, y la adopción de un «nuevo constitucionalismo», una nueva teoría constitucional, brillantemente caracterizada por el profesor Varela en cuanto a sus fuentes doctrinales, sus rasgos distintivos y sus propuestas estrictamente constitucionales, entre las que la atribución al Rey de un nuevo sentido constitucional no será la menor de ellas, como subrayará entre nosotros recientemente el profesor Eloy García al estudiar la figura de Constant. En definitiva el nuevo liberalismo europeo implicaba no sólo una nueva teoría constitucional sino unos nuevos textos normativos que recogerán una estructura de los poderes distinta, la propia del modelo de la «monarquía constitucional». De ahí que el autor entienda que el giro que supone la Constitución de 1837 en términos de modelo constitucional, el más importante del XIX, no se debe únicamente a una voluntad política de pacto entre las fuerzas liberales sino a una profunda y ya consolidada convergencia doctrinal entre las dos corrientes predominantes del liberalismo español. Resta sin embargo preguntarse si ese nuevo constitucionalismo europeo, que implicaba un pacto con el principio monárquico y que, aun debilitando la fuerza normativa del constitucionalismo, consolidaba los logros de la una revolución ya realizada, no terminará adquiriendo un significado distinto en una España donde la propia revolución liberal en sentido amplio apenas comenzaba a desarrollarse bajo los auspi-

cios del moderantismo, pues no por casualidad 1837 es también el año de la desamortización de Mendizábal. Pero, en todo caso, lo cierto es que aquella mañana del 18 de Junio de 1837 en que la reina regente se disponía a aceptar y jurar el nuevo texto constitucional, el grueso del progresismo español, como señalará el profesor

Varela, «había cumplido el cometido que se había propuesto. La Constitución de Cádiz había muerto, pero esta vez de forma definitiva».

AUGUSTO MARTÍN DE LA VEGA

*Profesor Titular de  
Derecho Constitucional  
Universidad de Salamanca*

PEDRO TENORIO SÁNCHEZ: *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

I. La monografía que el profesor Pedro Tenorio ha dedicado al estudio del recurso de amparo es la obra más completa y actualizada sobre esta garantía procesal específica de determinados derechos fundamentales. La obra contiene un análisis pormenorizado del diseño constitucional y legal del recurso. El exhaustivo examen que realiza de los distintos requisitos materiales y formales del recurso, así como de su iter procesal, hace del libro un instrumento muy útil para los abogados en ejercicio. En este sentido, el autor advierte de la necesidad de formar abogados especializados en derechos fundamentales. Los procesos deben ser enfocados desde el inicio desde la perspectiva de los derechos fundamentales. «Los derechos fundamentales deben tenerse presentes desde el primer escrito que se haga en relación con un asunto y desde luego desde el primer escrito que se dirija a un órgano judicial» (p. 36). Se trata por ello de un libro dirigido no únicamente al mundo universitario sino también a los aplicadores jurídicos.

Por otro lado, y junto al detallado análisis de los distintos requisitos procesales del recurso, la obra contiene un balance de la reforma legal del recurso operada en 2007. El autor expone los principales debates que precedieron a la aprobación de la LO 6/2007, los propósitos que dicha reforma perse-

guía, y las críticas formuladas a la misma. Ahora bien, el profesor Tenorio no se limita a realizar una tarea meramente descriptiva, que, por sí sola ya resulta muy meritoria en la medida en que fija el estado de la cuestión con indiscutible claridad, sino que —sobre esa base— formula algunas propuestas de indudable interés para afrontar los problemas que la mencionada reforma no ha permitido resolver. En líneas generales, y como veremos después, el autor se muestra favorable al espíritu de la reforma y no comparte las críticas que la objetivación del recurso ha suscitado en un sector de la doctrina. Ahora bien, reconoce que no ha cumplido su finalidad debido a que el Tribunal Constitucional no la ha aplicado con todas sus consecuencias.

La lectura de la obra pone de manifiesto el conocimiento, por parte del autor, no sólo de la muy abundante bibliografía existente sobre el recurso de amparo y su problemática, así como de la jurisprudencia desde la más antigua hasta la más reciente, sino también de la praxis de funcionamiento del Tribunal. La experiencia del autor como letrado del Tribunal Constitucional enriquece notablemente la obra en tanto le permite acompañar el análisis de los datos exclusivamente formales, con el examen de los problemas prácticos que el Tribunal debe afrontar en el día a día de su funcionamiento.

II. La primera parte de la obra contiene una exposición detallada del diseño constitucional y legal del recurso de amparo y en ella se abordan también algunas cuestiones abiertas como la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, la eficacia horizontal de los derechos, o la eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En relación con este tema, el profesor Tenorio se refiere al Auto del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013 que resuelve un incidente de nulidad de actuaciones en el que el recurrente solicita la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo, con retroacción de actuaciones al momento de dictar sentencia, con base en una sentencia estimatoria del Tribunal Europeo. El Tribunal Supremo entiende que tras la ampliación del incidente de nulidad (LO 6/2007), este es apto para dar ejecución a una sentencia estimatoria del Tribunal Europeo. El autor es muy crítico con esta tesis puesto que según él «hacer prevalecer las sentencias del TEDH sobre sentencias firmes españolas, es algo que corresponde al legislador, no a una interpretación forzada de una ley que no ha sido dictada con ese objeto» (p. 69). La crítica es razonable pero no puede desligarse del hecho de que la desidia del legislador ha determinado que, hasta hoy, y durante más de tres décadas, no exista un procedimiento específico para la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo. El profesor Tenorio advierte que el Anteproyecto de LOPJ aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2014 postula el recurso de revisión como vía para dicha ejecución por lo que la doctrina del

mencionado Auto quedará sin efecto. En todo caso, se advierte que esta solución puede crear nuevas tensiones en las relaciones entre los Tribunales Supremo y Constitucional: «El Tribunal Constitucional normalmente, o habrá causado la lesión, o al menos, la habrá confirmado, con lo que el órgano judicial que ejecute la STEDH, de alguna manera, estará haciendo prevalecer su interpretación sobre la del Tribunal Constitucional, salvo que admitamos que la resolución judicial ejecutante es a su vez recurrible ante el Tribunal Constitucional» (p. 72).

Posteriormente, en el análisis de los requisitos del recurso —que constituye el núcleo central de esta primera parte de la obra— el autor presta especial atención a la exigencia incluida en la reforma del 2007 de que el asunto tenga «especial trascendencia constitucional» y para ello examina detenidamente la doctrina establecida en la STC 155/2009, sentencia que, a juicio del autor «tal vez representó un avance e incrementó la seguridad jurídica, pero no ha resuelto todos los problemas planteados» (p. 33). Además se advierte contra el riesgo de confundir dos requisitos que la LOTC diferencia y quiere mantener separados: la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49. 1. in fine), por un lado, y la existencia misma de tal especial trascendencia (art. 50. 1 b).

Las providencias de inadmisión que declaran la falta de especial trascendencia constitucional plantean dos interrogantes de los que se ocupa el autor. El primero, el de si el Tribunal entendiendo que procede la inadmi-

sión aun habiendo vulneración del derecho, estaría violando el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El segundo, el de si el TEDH podría considerar que el recurso de amparo —dado que pueden existir vulneraciones de derechos que no abran la vía al recurso por su carencia de especial trascendencia constitucional— ha dejado de ser un recurso necesario para agotar la vía judicial interna. La respuesta a la primera cuestión es claramente negativa. La segunda requiere, a juicio del autor, una contestación más extensa y matizada (P. 218). El profesor Tenorio sostiene que el TEDH no puede considerar que el recurso de amparo no sea ya necesario para acudir ante él. Se admite que el recurrente pueda prescindir del amparo y acudir directamente ante el TEDH pero sólo si se justifica por qué se piensa que el asunto no tiene «especial trascendencia constitucional». Para que el TEDH pueda considerar agotada la vía judicial previa sin que se haya presentado amparo ante el Tribunal Constitucional es preciso —escribe el autor— «por una parte, que el recurrente haya argumentado por qué su recurso no tenía especial trascendencia constitucional, y en segundo lugar que el TEDH haya explicitado por qué en su criterio el asunto no tiene especial trascendencia constitucional» (p. 219). Ahora bien, como será el TC, por regla general, y el TEDH, muy excepcionalmente, quien habrá de valorar si concurre o no esa especial trascendencia constitucional, siendo imposible que el justiciable lo sepa antes de que los tribunales se pronuncien, el autor recomienda, con buen criterio, «la conveniencia de en-

sayar el recurso ante el Tribunal Constitucional, pues en caso de que este último inadmita el asunto (...) no se corre el riesgo de alargamiento indebido de la vía judicial previa» (p. 220).

En todo caso, la tesis del autor se basa en que el concepto de «especial trascendencia constitucional» es un concepto jurídico indeterminado, es decir, que da lugar a un margen de apreciación por el órgano judicial, pero no a discrecionalidad o libre arbitrio. Si se entendiera lo contrario, el TEDH no podría suplantar al TC en el ejercicio de esa facultad. En la segunda parte de la obra, al examinar la reforma, el autor incidirá especialmente en defender el carácter reglado de la admisión.

III. La segunda parte de la obra está dedicada al estudio de la reforma de 2007. El autor comienza su análisis recordando unas palabras del profesor Jiménez de Parga, entonces Presidente del Tribunal (y a quien está dedicada la obra como homenaje póstumo del autor en testimonio de gratitud por cuanto aprendió de él siendo su letrado adscrito en el Tribunal) que ponen de manifiesto que la reforma era absolutamente necesaria: «La gran cuestión pendiente que plantea hoy el recurso de amparo es la de si el Tribunal va a poder seguir dando respuesta al enorme volumen de recursos que presenta» (p. 257). Los datos extraídos de las sucesivas memorias del Tribunal a lo largo de los primeros años del siglo son elocuentes: bastaba con ver el incremento de la cifra de asuntos pendientes de admisión, si a finales del año 2000 eran 3958, a finales de 2006 eran 13.883. «A finales de 2006 el Pleno tenía 622 asuntos pendientes de sen-

tencia, y a lo largo del año, haciendo un esfuerzo extraordinario, había dictado 41 sentencias. A aquel ritmo, el Pleno necesitaba 15 años para resolver los asuntos pendientes. ¿Podría esperar ese tiempo la resolución de un asunto ingresado en 2006?» (p. 259).

Con un Tribunal al borde del colapso, el autor recuerda que el diagnóstico más extendido era el de que el amparo habría cumplido ya su misión histórica (P. Cruz Villalón), y, en consecuencia podía y debía ser limitado en cuanto a su objeto. Limitación que llevó a parte de la doctrina a defender el establecimiento de un sistema similar al certiorari norteamericano en virtud del cual el Tribunal Supremo de los Estados Unidos escoge cada año un reducido número de casos para su conocimiento.

El autor recuerda como precedente de la reforma de 2007, la LO 6/1988. Con esta se intentó que las lesiones de derechos fundamentales que no fueran relevantes no pudieran fundamentar un recurso de amparo. Ese era el propósito perseguido por la introducción entonces del concepto de «contenido constitucional». Ahora bien, esta reforma —o la aplicación de la misma— no pudo evitar que el Tribunal Constitucional estuviese al borde del colapso: «Lo que ocurrió es que el Tribunal no se atrevió a contestar los asuntos con una providencia de inadmisión prácticamente inmotivada y a seleccionarlos discrecionalmente. Nuestro Tribunal Constitucional no se atrevió a olvidar la naturaleza del referido recurso como instrumento concebido para la defensa de los derechos fundamentales y por ello interpretó que la carencia de con-

tenido constitucional era equivalente a la inexistencia de vulneración constitucional y motivó las providencias de inadmisión por carencia de contenido» (p. 265). La conversión de las providencias de inadmisión basadas en la carencia de contenido constitucional en una suerte de sentencias desestimatorias anticipadas explica que la carga de trabajo del Tribunal permaneció intacta.

El «fracaso» de la reforma de 1988 llevó al Tribunal al borde del colapso e hizo que la doctrina planteara una serie de propuestas. En el libro se hace mención a las principales de ellas antes de analizar el contenido y la finalidad de la reforma finalmente operada con la LO 6/2007: «La principal reforma es, desde el punto de vista jurídico, la pretensión de objetivación del recurso de amparo, que pasa de ser un recurso subjetivo a un recurso objetivo» (p. 280). Desde esta óptica, el autor va a centrarse en el examen de la objetivación del recurso y sus consecuencias.

La objetivación del recurso ha supuesto su conversión en «un instrumento excepcional de control (objetivo) de la constitucionalidad de los actos u omisiones judiciales sólo cuando la trascendencia constitucional lo aconsejara a juicio del Tribunal Constitucional» (p. 285). Esto supone abandonar la concepción subjetiva del recurso como un medio a disposición de toda persona frente a cualquier lesión de un derecho fundamental de los protegibles en amparo.

El profesor Tenorio advierte que la voluntad del legislador a favor de la objetivación fue clara. En este sentido, una enmienda del PNV para mantener

la lesión del derecho como causa del amparo, admitiendo también su carácter objetivo, como se hace en Alemania fue expresamente rechazada. Así lo entendió también el propio Tribunal en su decisiva STC 155/2009 (que fue objeto de un detallado análisis en la primera parte de la obra): «tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso». Esta objetivación ha sido criticada. Autores relevantes como Andrés de la Oliva han advertido que el derecho subjetivo al amparo ha dejado de existir por lo que cabe dudar de la constitucionalidad de la reforma.

Frente a esas críticas, nuestro autor defiende la constitucionalidad de la reforma y rechaza que quepa hablar de un derecho de acceso a la jurisdicción constitucional: «El análisis de los debates constituyentes permite pensar en una alternatividad entre el amparo judicial y el constitucional, debate que nadie reabre. No se puede constitucionalizar una configuración legal del recurso de amparo que de hecho convierta el Tribunal Constitucional en algo inviable» (p. 289).

Los dos argumentos empleados por el profesor Tenorio para defender la constitucionalidad de la reforma son consistentes. La literalidad del artículo 53 de la Constitución, así como el examen de la voluntad del constituyente, confirman su interpretación. Por otro lado, el argumento pragmático según el cual es preciso rechazar una interpretación que convirtiera al Tribunal y a su tarea como algo inviable, es coherente con el principio hermenéutico

general que proscribe las interpretaciones ad absurdum.

El profesor Tenorio entiende, no obstante, que «la discrecionalidad pura en la elección de los casos sería inconstitucional» (p. 290). Por ello defiende con rotundidad que con el sistema de «especial trascendencia constitucional» la potestad de admisión es una potestad reglada, aunque sea mediante conceptos jurídicos indeterminados o abiertos. Por ello reconoce que el nuevo sistema «tampoco puede por sí mismo disminuir la carga de trabajo del Tribunal» ya que para la admisión habrá que estudiar en cada caso si concurren o no vicios procesales, y si conforme a la jurisprudencia del tribunal la pretensión tiene trascendencia constitucional o no.

En este contexto se examina la segunda de las novedades introducidas en la LO 6/2007, la reforma del incidente de nulidad de actuaciones como recurso previo a la interposición del recurso de amparo. Con este incidente se pretendió configurar al Poder Judicial como primer garante de los derechos, y contrapesar al mismo tiempo la disminución de garantías que la objetivación del amparo implicaba. El autor advierte por ello que si la ampliación del incidente de nulidad de actuación se suprime «habrá que hacer algo para sustituirla». El Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014 vuelve a establecer como régimen del incidente de nulidad de actuaciones el existente hasta el año 2007, por entender que «la extensión (...) no sólo ha aumentado inútilmente la carga de trabajo de los tribunales ordinarios, sino que en la prácti-

ca no ha añadido, en la mayoría de los casos, ninguna auténtica garantía para los particulares» (E. De M.)-» (p. 295). Antes de la reforma, sólo procedía ante defectos de forma que hubieran causado indefensión o por incongruencia del fallo. A partir de la LO 6/2007 puede fundamentarse en cualquier vulneración de un derecho fundamental. El incidente ha adquirido así un renovado protagonismo. Hay que perder el temor a su utilización torticera puesto que no suspende la eficacia del proceso ya finalizado y su promotor puede ser condenado en costas e incluso multado si el tribunal aprecia temeridad en su conducta.

Ahora bien, transcurridos seis años, el profesor Tenorio constata la escasísima eficacia del incidente: «la ampliación que se hizo de la nulidad de actuaciones es poco útil para el fin que se perseguía con ella» (p. 299). Los incidentes que prosperan son muy escasos, y el Tribunal Constitucional, consciente de ello ha recordado en una sentencia reciente que la falta de motivación en la contestación del escrito que promueve la nulidad de las actuaciones puede constituir una vulneración autónoma.

El autor es muy crítico con este aspecto de la reforma y plantea como fórmula alternativa a la ampliación del incidente, —y necesaria para compensar la disminución de garantías operada por la objetivación del recurso—, la siguiente: «Parece mucho más eficaz y garantista el desarrollo de un procedimiento específico de amparo tal y como ordena el art. 53.2 CE, bien común para todas las materias, bien específico de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la constitución y funcionamiento de unas Salas, tanto en el Tribunal Supremo, como en los Tribunales Superiores de Justicia, que conozcan las demandas de amparo» (p. 309).

Con esas premisas el autor está en condiciones de hacer un balance de la reforma y en función del mismo plantear sus propuestas. Estas consideraciones otorgan un gran valor al libro como aportación doctrinal al debate sobre las reformas necesarias y pendientes en la regulación del amparo. Por ello voy a detenerme en ellas.

IV. Frente a la autocomplacencia que algunos datos interpretados de forma aislada pudieran generar, el autor considera que se ha producido un fracaso parcial, y lo atribuye a la inaplicación del espíritu de la reforma. Se siguen dictando sentencias sobre asuntos planteados diez años atrás y es de prever que la congestión del Tribunal reaparezca. La causa es que el Tribunal ha intentado recuperar la subjetivación del amparo, «resaltando su propia discrecionalidad frente a lo que parece la voluntad de la ley» (p. 313). El autor subraya, en este sentido, como el Tribunal en la decisiva STC 155/2009 «se abre a sí mismo las puertas para poder admitir aquellos recursos en los que exista vulneración constitucional y un perjuicio grave para el recurrente, aunque sea reconduciendo estos supuestos a un concepto amplio de 'especial trascendencia constitucional'» (p. 315). El profesor Tenorio define como cláusula de apertura más que de cierre al último de los supuestos de trascendencia constitucional incluidos en esa sentencia: «Es cierto que el Tribunal no lo dice

expresamente, es verdad que no dice que en aquellos supuestos en los que exista vulneración constitucional y perjuicio grave para el recurrente cabe la admisión en virtud del concepto de trascendencia constitucional, pero también lo es que se auto-concede una discrecionalidad tan amplia que le permite dictar sentencias sobre este tipo de supuestos, acaso desvirtuando el requisito e especial trascendencia constitucional» (p. 316)

Con todo, el autor matiza el alcance de su crítica: «decimos que el tribunal no ha aplicado el espíritu de la reforma, no que no ha aplicado la reforma». Pero dicho esto, formula un juicio del que cabe deducir que el Tribunal incumple algo más que el espíritu de la ley al convertir su facultad reglada de admisión en una facultad discrecional. El profesor Tenorio insiste a lo largo del libro en la tesis de que la introducción del requisito de especial trascendencia constitucional no convierte en discrecional la admisión ni tampoco, concretamente, la apreciación de si el referido requisito concurre o no. El Tribunal está vinculado por el tenor literal del artículo 50 LOTC. «Se trata —afirma el autor— de conceptos vagos, pero son conceptos legales. Los conceptos jurídicos indeterminados son sólo indeterminados a priori, pero la aplicación de los mismos tiene solamente una solución justa que corresponde encontrar al órgano judicial (...) no es lo mismo considerar que estamos ante un requisito reglado que ante una facultad discrecional» (p. 317). Todo ello le lleva finalmente a admitir que el Tribunal no sólo no aplica el espíritu de la reforma, sino que lo que inaplica

es la reforma misma: «El Tribunal no está aplicando la referida reforma en la medida en que está concediendo más relevancia de la que le corresponde a la vulneración del derecho fundamental. Conste —precisa el autor— que no es que seamos partidarios de una disminución de las garantías, es que, sencillamente consideramos que esta fue la voluntad del legislador».

En definitiva, el profesor Tenorio sostiene —y todos los datos apuntan a que lo hace acertadamente— que la voluntad del legislador fue reducir las garantías. Lo hizo de modo consciente y por ello pretendió compensar la reducción con la ampliación del incidente de nulidad. Ahora bien, el Tribunal, con razones también plausibles, ha entendido que dicha ampliación no compensa suficientemente la limitación del alcance del amparo constitucional. Esa finalidad garantista es la que explica que el Tribunal no haya aplicado la reforma. Y no lo ha hecho porque aun en el plano teórico ha distinguido entre vulneración del derecho fundamental y justificación de la especial trascendencia constitucional, la distinción es sólo aparente, puesto que no ha sido aplicada en la práctica con la energía requerida, lo que en opinión del autor habría supuesto «admitir la posibilidad de que asuntos que presenten vulneración de derecho fundamental no puedan ser admitidos por falta de trascendencia constitucional» (p. 321).

Ahora bien, esa explicación garantista —con independencia de su plausibilidad— conduce a un resultado peligroso que es objeto de la crítica rotunda y contundente del autor. Y es lógico que sea así, pues reconocida la

necesidad de una reforma que evitara el colapso del Tribunal, su falta de aplicación nos conduce a la posición de salida. «Basta un repaso superficial de las sentencias dictadas con posterioridad a la reforma para constatar que nuestro Tribunal Constitucional sigue dictando muchas sentencias al año cuya ‘especial trascendencia constitucional’ no resulta clara aplicando los propios criterios de la Ley Orgánica e incluso del propio Tribunal en la Sentencia 155/2009» (p. 321). Es preciso subrayar además que el autor no ha hecho un repaso superficial sino que, ha realizado un examen completo de toda la jurisprudencia del Tribunal después de la reforma. Y es ese examen exhaustivo el que le permite extraer tan tajante conclusión.

El profesor Tenorio concluye su exposición crítica denunciando la paradoja que supone que el Tribunal haya inaplicado una reforma legal que él mismo, previamente, había solicitado: «La reforma de 2007 fue, de alguna manera, una concesión que hizo el legislador al Tribunal Constitucional para que pudiera afrontar la extraordinaria carga de trabajo que tenía. Si el Tribunal no la aplica —escribe el Catedrático de la UNED— no podrá justificar su eventual colapso o el retraso en resolver los diferentes asuntos de que conoce» (p. 322).

Llegados a este punto, el autor formula dos interesantes propuestas. La primera consiste en interpretar de forma literal el requisito de la invocación del derecho fundamental vulnerado, reforzando incluso el tenor literal de la ley. El autor propone —aunque considera que incluso sin el cambio le-

gal la interpretación propuesta es perfectamente aplicable— añadir, por ejemplo, la expresión ‘en todo caso’ en el subapartado c) del artículo 44. 1 LOTC o aludir a que la invocación del derecho fundamental debe realizarse explícitamente con indicación del precepto constitucional vulnerado, del derecho fundamental violado, y con argumentación sobre el asunto desde la perspectiva de los derechos fundamentales. (p. 326). En la actualidad, como el Tribunal admite que la invocación del derecho fundamental se ha producido siempre que el problema de fondo se haya plantado ante el órgano judicial —pero sin exigir la invocación expresa del precepto constitucional, ni la reconducción de los hechos a un derecho fundamental determinado, ni la argumentación desde la perspectiva de los derechos fundamentales— resulta que los abogados pueden plantearse por primera vez si acuden al Tribunal Constitucional una vez que han perdido el pleito en la última instancia que les ofrece la vía judicial ordinaria. Para poner fin a esta situación que puede determinar que la presunta vulneración del derecho no sea discutida jurisdiccionalmente el autor propone interpretar de manera literal (y no espiritualista) el requisito de la invocación. El efecto a largo plazo sobre la cultura de los derechos sería extraordinariamente positivo: «Podría haber un periodo de tiempo en el que algunos justiciables se verían disminuidos en sus posibilidades de acceso ante el Tribunal Constitucional, pero a medio y largo plazo el desarrollo de los derechos fundamentales y su aplicación por la jurisdicción ordinaria serían más am-

plios, profundos y rigurosos. Se profundizaría en la concepción del Estado no ya como un simple Estado de Derecho, sino como un Estado de derechos fundamentales» (p. 325).

Junto a la propuesta anterior el autor considera imprescindible reducir el abanico de resoluciones recurribles en amparo a determinadas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal supremo, Tribunales en los que deberían crearse Salas especializadas en derechos fundamentales. Las resoluciones de otros órganos serían recurribles ante estas Salas. Con ello se descargaría peso del Tribunal Constitucional en el Tribunal Supremo, concretamente, en la Sala de amparo constitucional cuya creación se propone: «Esta Sala de amparo ante el Tribunal Supremo cumpliría el objetivo perseguido con la ampliación del incidente de nulidad (...), es decir, entendería de las quejas que denunciaran una vulneración de derechos fundamentales realizada por un órgano judicial en una resolución contra la que no cupiera otro recurso» (P. 327)

Se trata de dos propuestas de indudable interés. Naturalmente, la creación de la Sala de Amparo del Tribunal Supremo, podría originar otro tipo de problemas, singularmente, tensiones en su relación con el resto de las Salas. Pero las ventajas serían muy superiores. A nuestro juicio, sólo con este tipo de medidas podrá no sólo evitarse el colapso del Tribunal, sino también lograr que las respuestas del Tribunal a todo tipo de cuestiones se pronuncien en un plazo razonable, y en todo caso, muy inferior a los tiempos medios actuales.

V. En definitiva, nos encontramos ante una obra que contiene un muy riguroso análisis del diseño legal del recurso de amparo y de sus problemas, y un detallado examen de la objetivación del recurso operada por la LO 7/2006.

Para los abogados, el libro es de referencia obligada en la medida en que proporciona las claves, pautas y criterios para enfocar los procesos —desde su inicio— desde la óptica de los derechos fundamentales. Desde esta óptica, puede ser un instrumento imprescindible para la docencia en los Másteres de Abogacía.

Desde el punto de vista doctrinal, y como contribución al debate sobre la futura reforma del recurso de amparo el libro reviste también un indudable valor. El autor es crítico con el Tribunal por no haber aplicado la reforma de 2007, y no haber asumido con todas sus consecuencias la objetivación del recurso.

En defensa del Tribunal podríamos alegar que desde sus orígenes se había configurado como un tribunal de los ciudadanos, y que definía los contornos de su jurisdicción proclamando que nada que afectara a los derechos fundamentales podría considerarse ajeno a él. La objetivación del recurso —necesaria por las razones expuestas por Pedro Tenorio en esta obra— en la medida en que supone una disminución de garantías debiera haber venido acompañada de otras medidas compensatorias como la creación de Salas de amparo en el Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de las CC. AA, tal y como con buen criterio propone el autor de la obra que comentamos. El

legislador orgánico, sin embargo, optó por ampliar el incidente de nulidad de actuaciones cuya inutilidad ha quedado demostrada. Compartiendo por tanto plenamente el diagnóstico del problema y las propuestas formuladas por Pedro Tenorio, comprendo también que el Tribunal Constitucional en coherencia con su propia posición constitucional y con su trayectoria, haya «inaplicado la reforma». La ha inaplicado por las razones expuestas y que Pedro Tenorio expone con meridiana claridad en la obra: la inutilidad del incidente de nulidad como mecanismo compensatorio de la disminución de garantías que la objetivación del recurso comporta.

No es por ello la menor de las virtudes de esta obra el recordarnos que la reforma del recurso de amparo —en el contexto de un sistema de garantías global de los derechos— sigue siendo una asignatura pendiente. Y que lo que está en juego es la viabilidad mis-

ma del sistema de Justicia Constitucional.

La Justicia Constitucional es la clave de bóveda del Estado Constitucional de Derecho, Estado que debe ser comprendido siempre —como nos recuerda el profesor Torres del Moral, maestro del autor de la obra y de quien esto escribe— como una realidad tendencial, esto es, susceptible de mejora. La obra que he tenido el honor de comentar constituye una muy relevante contribución para esa tarea de perfeccionamiento de un elemento esencial de nuestro Estado Constitucional. Corresponde al legislador orgánico afrontar el problema, y para hacerlo con rigor y con sentido, las propuestas contenidas en este libro revisten un extraordinario interés y valor.

JAVIER TAJADURA TEJADA  
*Catedrático (A) de Derecho Constitucional*  
*Universidad del País Vasco*

ARTEMI RALLO LOMBARTE (Ed.), *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Hablar hoy en día de avances tecnológicos, Internet, redes sociales y globalización conlleva hablar, de forma necesaria, no sólo de ventajas sino de los potenciales y reales peligros que los mismos conllevan. Esto, unido al volumen de información personal que se maneja en la actualidad, tanto por el sector público como por el privado, provoca que nuestra vida privada, nuestro desarrollo personal, esté en el punto de mira. Y en este sentido, buscadores *on line* como Google facilitan la búsqueda de información y, lo que es más problemático, su almacenamiento, conservación y difusión. De esta forma, como el propio autor de la presente obra indica, «*la tecnología lleva a la humanidad a la memoria como principio general y al olvido sólo por defecto*» (p. 17).

Frente a estos nuevos problemas, los conceptos jurídicos de privacidad o vida privada y sus mecanismos de protección se han quedado obsoletos y dejan de ser efectivos. En este orden de cosas se hace imprescindible reforzar el control sobre nuestros datos personales que, en último término, suponga proteger nuestra dignidad personal frente a estos nuevos peligros, máxime cuando el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental reconocido a todos los ciudadanos europeos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y cuando el Tribunal de Justicia de la

Unión Europea (TJUE) ha concluido en su Sentencia de 13 de mayo de 2014, caso *Google contra Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD), que existe un derecho al borrado de nuestra información en Internet. Como pone de manifiesto el autor, si el Tribunal de Justicia hubiera evitado pronunciarse sobre este tema habría sido fruto de «*un pánico injustificado y de una insensibilidad ante una demanda social que proviene del Tratado de Lisboa de reconocer a todos los ciudadanos europeos un nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales*» (p. 18).

Es sobre esta cuestión, que tiene sus más y sus menos y debe ser matizada, sobre la que el Profesor Rallo se lanza en picado y desmembra para ofrecernos no sólo su lado más teórico o normativo, sino los aspectos prácticos de su ejercicio y puesta en práctica, y no sólo en España, pues como veremos, esta cuestión traspasa fronteras. La obra que aquí recensamos, *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, del Profesor Artemi Rallo Lombarte, es una muestra del cambio que está experimentando la sociedad actual y de las demandas de los ciudadanos que la integran. La presente monografía ofrece un riguroso análisis de un derecho que, como el propio autor recuerda (p. 17), todavía no lo es —«*ya que ningún ordenamiento jurídico lo consagra a fecha de hoy*»—: el derecho al olvi-

do. De ahí la dificultad técnica de la obra que tenemos en nuestras manos —por la «*debilidad histórica y dogmática propia de un novísimo entorno social y jurídico*» (p. 18)—, que el autor ha sabido solventar por su doble faceta de académico y técnico en la materia, como Profesor universitario y como ex Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

\*\*\*

La relevancia de esta obra (así como su dificultad) se origina, como su propio autor bien señala (p. 17), por ocuparse de un tema emergente en el Derecho Constitucional, que es imparables y que, a día de hoy, no tiene reconocimiento jurídico como tal, ni un concepto jurídico delimitado admitido unánimemente por la doctrina y que lo haga fácilmente identificable (p. 23).

Aunque sobre el tema de la presente obra han llovido ríos de tinta y se ha analizado la casuística que rodea al citado derecho así como la respuesta que otros ordenamientos jurídicos han dado a la misma, dichas obras no alcanzan la exhaustividad y el grado de detalle de la que ahora tenemos entre nuestras manos. Damos fe de que, como dice el autor, «*se ocupa del análisis de toda la casuística conocida desde el 2007 por la AEPD*» (p. 19) y de la realización de un estudio pormenorizado del problema no sólo a nivel nacional, sino europeo e incluso americano, incluyendo, como no podía ser de otra forma, jurisprudencia comunitaria y europea sobre el estado de la cuestión.

Pero la presente obra no sólo destaca por la novedad del tema elegido o

por su dificultad, sino por la calidad teórica y práctica de la misma. Es difícil encontrar obras que aúnen teoría y práctica, en el sentido último de una práctica vivida en primer plano, como protagonista. El actual trabajo aquí recensionado parte, por un lado, de la experiencia que el propio autor tuvo como Director de la AEPD ante los numerosos casos que le llegaban al respecto; y, por otro lado, su análisis jurídico parte de las líneas de investigación del mismo, así como de un Proyecto de investigación promovido por la Universidad Jaume I y el Ministerio de Economía y Competitividad sobre la reforma del sistema europeo de protección de datos.

\*\*\*

La obra se estructura en cuatro Capítulos, precedidos por una Presentación y cerrados por un apartado bibliográfico. Como el Profesor adelanta en la Presentación de su libro, éste es un «*libro de casos*» o «*sustentado en la metodología del caso*» (p. 19), aprovechando su experiencia como Director de la AEPD (del 2007 al 2011), como Vicepresidente del Grupo europeo de Autoridades de Protección de Datos, y como Presidente de la Red Iberoamericana de Protección de Datos. Pero podemos confirmar que tal afirmación no es cierta, o no del todo, pues la obra aquí recensionada es algo más que un libro de casos. Combina el buen saber de un profesor universitario, su exhaustivo método de trabajo, con la visión práctica de haber vivido los casos planteados en persona.

Si bien el primer Capítulo es introductorio de la cuestión, el segundo

y tercer Capítulo se centran en el estudio del derecho al olvido en España, analizando en primer lugar la casuística existente, para pasar, en el siguiente Capítulo a analizar los argumentos presentados al caso *Google* ya citado. Culmina la obra con un Capítulo dedicado al derecho al olvido en Europa, analizando no sólo la respuesta de diferentes ordenamientos jurídicos, sino los antecedentes jurisprudenciales aportados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), para concluir con el análisis del caso *Google*.

Debemos destacar la gran labor que el Profesor Rallo realiza en sus notas a pie de página. Las mismas podrían constituir en sí mismas otra obra. Los estudiosos de la materia agradecemos la labor de recopilación y síntesis del estado de la cuestión que con las mismas nos ha facilitado.

La dilatada experiencia del autor de esta monografía dota a los Capítulos de una gran sencillez, claridad expositiva y precisión terminológica, a pesar de las dificultades con las que la misma obra partía de inicio.

\*\*\*

Como no podía ser de otra forma, la obra comienza definiendo el concepto del derecho al olvido, como concepto emergente, delimitándolo con las primeras referencias impulsadas por la Unión Europea, y acotándolo al mundo digital de Internet.

Se recoge desde el tratamiento del olvido, aunque no de forma expresa, como el derecho de cancelación y portabilidad

de los datos en Internet reconocido por la Directiva 95/46/CE de Protección de Datos (fruto del proceso de revisión iniciado en el año 2009 por la Comisión Europea), hasta su reconocimiento explícito en la Comunicación que la Comisión Europea presentó en Bruselas el 4 de noviembre de 2010, donde se trataba el olvido como una cancelación de los datos personales, pero diferenciándolo de la portabilidad (p. 37), bajo la premisa de reforzar los derechos de los ciudadanos europeos. Como último paso, y derivado de las expectativas generadas, se analiza la Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos, de 25 de enero de 2012, reconociéndose así de forma expresa —y por qué no decirlo, un tanto confusa— en el artículo 17 de dicha Propuesta. Aquí se le vinculaba con el derecho de cancelación añadiendo como aspecto más novedoso del mismo, por un lado, el hecho de informar a terceros de la solicitud de cancelación de los enlaces, copias o réplicas; y, por otro lado —como algo inédito hasta ahora en la normativa de protección de datos—, la fijación de plazos concretos para la cancelación de datos. Se recogía pues (aspecto ampliamente criticado), «una obligación de conducta *«por resultar más realista desde un punto de vista práctico» que una obligación de resultado»* (p. 52). Finalmente, para cerrar este Capítulo el autor da una pauta general en el conflicto entre el derecho al olvido y la libertad de expresión y de prensa en Internet, recordando que dicho derecho no es absoluto y que, por lo tanto, habrá que estar al caso concreto (p. 54).

Merece la pena destacar en este primer Capítulo que el autor deja bien

claro que el debate sobre el derecho al olvido en Internet nada tiene ver con el fin de la memoria, el prescindir del pasado o falsear la historia (pp. 25 y 26), sino más bien con los conceptos de privacidad y, en último término, dignidad humana (p. 27). Esto es así en tanto que es indiscutible el hecho de que cuanta más información se acumule de una persona, aunque sean datos aislados que puedan parecer inocuos, la suma de todos ellos genera un perfil del sujeto, lo que en último término, como decíamos, se relaciona con la dignidad humana y con el libre desarrollo de la personalidad. El hecho de que sea el sujeto titular de la información el que decida qué, cómo, cuándo o quién debe conocerla, le permite controlar su información y actuar en consecuencia, desarrollándose libremente.

\*\*\*

Es en el Capítulo II donde el Profesor Artemi Rallo se centra en el análisis del derecho al olvido en España, y en concreto, en el análisis de los casos producidos en nuestro país. Aunque el autor diga, en este punto, que va a reproducir «algunos casos» que ilustran la posibilidad de ejercer el derecho al olvido «*sin ánimo de resultar exhaustivos, sino de únicamente ejemplificar esta casuística*», debemos resaltar que el incontable número de supuestos prácticos recogidos ofrece una detallada panorámica de la forma de proceder de la AEPD en esta materia. Así, en este segundo Capítulo, a través de las Resoluciones de la AEPD, se analizan casos de solicitud de supresión de datos personales relacionados: por un lado, con

Foros *on line*, videos en *Youtube* (como el conocido caso de la calle Montera en Madrid, entre muchos otros), o publicados en un blog personal creado en un sitio propiedad de *Google*, o en la Red social *Facebook*. En todos ellos, el autor recoge cómo fue la argumentación de la AEPD al respecto, adelantando ya algunas cuestiones que luego se reflejarán en la conocida STJUE del 2013 y rechazando «*el argumentario de Google Spain para negar la posibilidad de garantizar el derecho de oposición contra los contenidos del motor de búsqueda*» (p. 65).

Junto a estos casos, el autor recoge una problemática específica, como es la oposición o cancelación de datos indexados por los motores de búsqueda de Internet y describe varios supuestos, destacando el que fue «*el primer caso*» de derecho al olvido, relacionado con la petición de cancelación de una sanción administrativa publicada en un Boletín Oficial. Junto a esta solicitud, se recogen otros casos relacionados con la solicitud de cancelación en Boletines Oficiales, no ya de sanciones administrativas, sino de la publicación de sentencias y autos del Tribunal Constitucional, de indultos, de candidaturas electorales, de sanciones a funcionarios públicos, o anuncios y resoluciones (como el caso de una sentencia de divorcio), o los casos de publicación de ayudas por motivos de exclusión social. Con estos numerosos ejemplos, el Profesor Rallo Lombarte resume la «vanguardista» postura de la AEPD, sentando las bases de lo que será, posteriormente, su postura y argumentación frente a *Google* en el litigio ante el TJUE (p. 76). En este sentido, de esta tanda de asuntos el autor destaca, por

un lado, la dificultad de conciliar el derecho a la protección de datos y el mandato legal de publicidad que subyace en estos casos; y, por otro, destaca el criterio evolutivo de la AEPD conforme al cual no sólo se debe proceder a la ponderación del caso concreto, sino que se remite al Tribunal Constitucional para que detalle los criterios necesarios para realizar dicha ponderación.

Junto al anterior bloque de casos prácticos analizados, el autor se centra a continuación en la problemática de la indexación realizada por los medios de comunicación en Internet, pues aquí, como el propio Profesor pone de manifiesto, se evidencia el escenario más conflictivo y más difícil de solucionar: la colisión entre la protección de datos personales y la libertad de expresión y el derecho a la información (p. 113). Como bien recuerda Artemi en este punto si bien el conflicto entre intimidad u honor y las libertades de la comunicación es un conflicto tradicional con unas pautas o criterios interpretativos ya definidos por nuestros Tribunales, la cuestión que ahora se plantea «*adolesce todavía de una bisonñez*» (p. 114). No obstante, a pesar de la evidente dificultad planteada, el autor, como en los asuntos anteriores, a través de la resolución de los casos prácticos planteados —relacionados ahora con la digitalización de las hemerotecas y con la publicación de noticias en medios de comunicación *on line*—, plasma la «viabilidad» de la conciliación entre ambos derechos, concluyendo que el punto esencial de la cuestión estriba en diferenciar si estamos ante noticias muertas (caso de hemerotecas) o noti-

cias vivas (en medios *on line*). Así, con la dificultad que entraña otorgar criterios generales alejados del caso concreto, el Profesor destaca la necesidad de tener en cuenta, en todos los casos los siguientes criterios: «*la inexactitud y la obsolescencia*» de la noticia (p. 127).

Por último, el autor recoge tres casos más donde la regla general será no reconocer el olvido: en primer lugar, el supuesto en el que no se ha impugnado la web de origen de los datos; en segundo lugar, cuando se solicita una oposición general y cautelar frente a la indexación de los datos; y en tercer lugar, cuando se solicita un borrado general y sin identificación específica.

\*\*\*

En el Capítulo III, el autor sigue analizando la situación del derecho al olvido en España pero, en esta ocasión, centrándose en los argumentos jurídicos del litigio *Google contra España* esgrimidos tanto por Google como por la AEPD. De este Capítulo debemos destacar, tal y como hace el Profesor Rallo, «*la pretensión de impunidad*» de los buscadores —así como de *Youtube* o de *Facebook*— alegando en un primer momento la falta de aplicación de la legislación española o europea al respecto, la neutralidad del automatismo de los buscadores como presupuesto de la irresponsabilidad, así como la aplicación del principio de proporcionalidad defendiendo la prevalencia de su libertad de expresión (pp. 137-144). Como decíamos, si bien comienza el Capítulo con los argumentos de Google, el autor también recoge los argumentos de la AEPD, rebatiendo todos

los argumentos anteriormente esgrimidos, apoyándose en la relevante STS 144/2013, sobre el denominado «conocimiento efectivo de la ilicitud de las búsquedas», y destacando como un problema esencial de esta materia el actual estado tecnológico de los buscadores de Internet, esto es, sus limitaciones técnicas (p. 177).

Como complemento de los argumentos ante los buscadores que deniegan la pretensión del derecho al olvido, el autor recoge los criterios específicos a seguir en los supuestos en los que intervengan los medios de comunicación *on line* y Boletines oficiales digitales, siendo la regla general el juego de la ponderación, atendiendo a los criterios tradicionales existentes sobre la materia, pero introduciendo como elemento adicional, la obligación de conciliar ambos derechos y «*minimizar el sacrificio de uno respecto del otro*» (p. 185).

\*\*\*

Tras el análisis de la situación en España, en el Capítulo IV el autor analiza el tratamiento del derecho al olvido en Europa, concretamente, en Francia e Italia, así como en Canadá, Argentina y Nicaragua.

Comenzando por Francia y por las iniciativas legislativas y referencias jurisprudenciales galas al respecto, el Profesor Rallo destaca el hecho de que la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) haya planteado la posibilidad de crear un estándar europeo sobre el tiempo de conservación de los datos personales, permitiéndose a los titulares de los mismos fijar una fecha de caducidad.

En relación con Italia, el autor destaca que —a diferencia de lo que se ha venido manteniendo en España—, tanto los Tribunales nacionales como el *Garante per la Protezione dei Dati Personali* habían venido exonerando a los buscadores de cualquier obligación de responsabilidad (pp. 196-197).

En el caso de Canadá, debemos resaltar no tanto la categorización que se hace del derecho, sino la vigilancia que se ejerce sobre los servicios de Internet de la mano de la *Privacy Commissioner Office*.

Por otro lado, en Latinoamérica se analizan los casos de Argentina y Nicaragua, siendo especialmente relevante este último al ser el primer país en reconocer de forma expresa, en su Ley de Protección de Datos, el derecho al olvido en Internet.

Sin querer quitar protagonismo al análisis de los ordenamientos jurídicos realizado, este Capítulo resulta realmente interesante por el recorrido jurisprudencial que el Profesor Rallo realiza de los antecedentes hasta la actualidad del citado derecho ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En relación con el TEDH el autor, a través de varios casos (unos ocho en total) relacionados con el almacenamiento de información personal, muestra la evolución jurisprudencial experimentada en este terreno, como el sorprendente pronunciamiento del caso *Delfi AS contra Estonia*, de 10 de octubre de 2013, donde el TEDH consideró que el medio de comunicación *on line* era responsable por los comentarios ofensivos publicados por sus lectores. Y, en lo que se refiere

al TJUE, el autor destaca su importante labor complementaria a los pronunciamientos del TEDH y, de los diez casos analizados, el autor concluye que el TJUE ha contribuido a asentar los principios del tratamiento de datos en Internet, y a aplicar la proporcionalidad como mecanismo de «ponderación equilibrada» entre la transparencia pública y la protección de datos, lo que se verá reflejado, entre otros, en el caso *Volker und Markus Schecke y Eifert*, de 29 de noviembre de 2010, y aplicado con mayor detalle en el caso *Digital Rights Ireland-Seitlinger* (conocido por declarar la ilicitud de la Directiva 2006/24/CE de conservación de datos).

Por último, en este Capítulo se analiza también, a lo largo de varios apartados, el caso *Google* (pp. 239-284), desde la cuestión prejudicial de la Audiencia Nacional ante el TJUE en 2012, y las Conclusiones del Abogado General del TJUE en 2013, hasta la STJUE de 13 de mayo de 2014 donde se concluyó la necesidad de garantizar el derecho al olvido frente a la labor de los buscadores en Internet. Así, la STJUE supone, como dice el autor de la obra recensionada, «un trascendente precedente jurisprudencial que determina el alcance de la tutela del derecho a la protección de datos en Internet» (p. 240).

De este Capítulo queremos mencionar, llegados a este punto, que nos ha resultado curioso, aunque realmente acertado, que el Profesor Rallo se plantee dudas sobre la conveniencia de que la Audiencia Nacional eligiera este caso para llevarlo ante el TJUE y no algún otro de los muchos que, en la misma línea, se habían presentado ante la AEPD. La sorpresa proviene, como

él mismo indica, porque el supuesto analizado representa una serie de problemas que luego se reflejarán en alguna de las dudosas afirmaciones a las que llega el TJUE. Entre estos problemas: la falta de una confrontación directa entre el derecho al olvido y la libertad de información, y la desestimación de la petición de cancelación respecto del periódico (*La Vanguardia*). Para el autor, todo ello «*plantea la duda de por qué sólo los buscadores de Internet tienen la obligación de procurar el derecho al olvido sin imponer carga similar a los responsables de ésta, cuando ésta no es la doctrina seguida por la AEPD en sus más de centenares de resoluciones*».

De todo el proceso, el autor felicita a la Audiencia Nacional por haber demostrado «*un completo, exhaustivo y riguroso conocimiento de la problemática jurídica suscitada*» (p. 243). De las Conclusiones del Abogado General, el Profesor Rallo considera que los principales problemas de la conclusión a la que llega es el hecho de haber partido de una premisa «*que limitó todas sus actuaciones al afirmar en sus Comentarios preliminares que la extraordinaria relevancia de Internet obligaba a reducir el alcance garantista del derecho a la protección de datos*» (p. 253); y el considerar irrelevante el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal garantizado expresamente por el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, calificándolo de «elemento nuevo nada significativo» (pp. 256-257). Y, por último, respecto de la STJUE de 13 de mayo de 2014, el autor de esta obra destaca que «*contra todo pronóstico*» el TJUE «*ha sido ante todo un juez garante*

*de derechos que ha confirmado la alta condición jurídica que ya venía atribuyéndose al derecho a la protección de datos personales tanto en su jurisprudencia como en el marco legal y constitucional europeo»* (pp. 269-270). No obstante, el Profesor Artemi Rallo termina su trabajo con un «pero», señalando que si bien *«en todo su recorrido argumentativo resulta irreprochable»*, hay un problema que no se tuvo en cuenta: *«las dificultades tecnológicas para evitar el rastreo futuro de datos borrados»* (p. 283).

\*\*\*

En resumen, para todos aquéllos que nos dedicamos al «mundo del dato», esta obra es un referente que no podemos dejar pasar y, como decíamos párrafos arriba, no sólo por la exhaustividad del estudio realizado y su calidad argumentativa, sino por el loable esfuerzo del autor de haber sabido aunar en un terreno todavía farragoso y sin

definir, la mejor doctrina jurídica con una visión eminentemente práctica.

El aprendizaje que podemos extraer tras la lectura de la obra aquí mencionada, conclusión a la que llegó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es la imperiosa necesidad de reforzar el derecho de los ciudadanos a controlar sus datos personales, su información personal, en tanto que un mantenimiento *ad infinitum* de la misma puede provocar serios efectos lesivos para cualquier aspecto de su vida. No debemos olvidar que estamos hablando de un derecho fundamental. Y esto nada tiene que ver con reescribir la historia o perder la memoria, sino con ofrecer al sujeto la posibilidad de su libre desarrollo personal, esto es, de garantizar un mínimo de calidad de vida, de dignidad humana.

MÓNICA ARENAS RAMIRO  
*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Alcalá*

