

# LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

PIERRE BON (\*)

*SUMARIO: I. SOL: A) Normatividad. B) Ampliación. C) Apertura.—II. SOMBRA: A) Intangibilidad. B) Estatopatía. C) Partitocracia.*

No resulta nada fácil situar la Constitución española en el marco del constitucionalismo contemporáneo.

Para empezar, si bien es cierto que nos hallamos en condiciones de conocer perfectamente el contenido de la Constitución española, no podemos decir lo mismo del constitucionalismo contemporáneo. Por lo que se refiere a la Constitución española, cabe afirmar que es en sí misma un objeto jurídico determinado: con sus 169 artículos, sus cuatro disposiciones adicionales, sus nueve disposiciones transitorias, su disposición derogatoria y su disposición final, la Constitución se ha desarrollado a través de numerosas leyes orgánicas, se ha visto enriquecida por veinticinco años de vigencia y ha producido en torno suyo una considerable jurisprudencia, especialmente por parte del Tribunal constitucional. En otras palabras, sabemos perfectamente de qué se trata. Por el contrario, resulta mucho más difícil aprehender lo que sea el constitucionalismo contemporáneo. Es cierto que, a través de manuales y tratados, artículos y tesis, mesas redondas y coloquios internacionales, cabe deducir tales o cuales rasgos que lo caracterizan. Ahora bien, a menudo tales hallazgos son objeto de debate y son sólo expresión del punto de vista personal de aquel o aquellos que los han formulado. En otras palabras, sin desconocer cierto grado de acepta-

---

(\*) Traducido del francés por Pedro Bravo Gala.

ción de este o aquel punto de vista, lo cierto es que al día de la fecha lo que sea el derecho constitucional sigue siendo una cuestión controvertida.

En segundo lugar, no hay suficiente distancia entre el objeto estudiado —la Constitución española— y el marco de referencia —el constitucionalismo contemporáneo (suponiendo que sea posible precisar sus rasgos)— en la medida en que la Constitución española es reflejo del mencionado constitucionalismo, a la vez que se refleja sobre el mismo. Resulta de todo punto evidente, y sobre esto volveremos más adelante, que la Constitución de 1978 refleja algunas de las tendencias del derecho constitucional contemporáneo, en forma semejante a como se encuentran en la Constitución italiana de 1947 o en la Ley fundamental alemana de 1949. Pero, a su vez, la Constitución española ha influido, años más tarde, sobre los experimentos constitucionales que se han llevado a cabo en cierto número de países, especialmente en aquellos que acababan de vivir una experiencia autoritaria y que estimaban que la transición a la española ofrecía un modelo en la especie, ya se tratase de países iberoamericanos o de países de la Europa central y oriental. Ahora bien, estas experiencias participan evidentemente del constitucionalismo actual. En consecuencia, la Constitución española, que es reflejo de dicho constitucionalismo, lo configura a su vez en alguna medida, todo lo cual hace más difícil situarla en el marco de las tendencias propias del derecho constitucional de estos primeros años del siglo XXI.

En consecuencia, nos disponemos a situarnos en esta perspectiva con el propósito de abordar sucesivamente los aspectos en que, a nuestro juicio, la Constitución española encarna perfectamente las tendencias actuales del derecho constitucional (*Sol*), a diferencia de aquellos otros en que cabe lamentar su alejamiento (*Sombra*).

## I. SOL

En tres aspectos creemos que la Constitución española apunta en la misma dirección que las tendencias actuales del derecho constitucional. En primer lugar es una norma en el sentido pleno del término (Normatividad). En segundo lugar, constituye un ejemplo perfecto de la ampliación operada en la esfera del derecho constitucional que viene, de este modo, a cubrir prácticamente la totalidad de las relaciones jurídicas (Ampliación). En tercer lugar, está abierta a influencias constitucionales foráneas, cuya síntesis se propone en ocasiones llevar a cabo (Apertura).

A) *Normatividad*

Insistir en el hecho de que la Constitución es una norma puede parecer una fastidiosa trivialidad en razón de su aparente evidencia. Para empezar, uno de los sinónimos más usuales del término Constitución es el de norma (o ley) fundamental. No obstante, es obvio que durante largo tiempo en Europa tal carácter normativo se ha hecho presente de modo defectivo. Por un lado, desde el siglo XIX existen mecanismos para constreñir a la administración al respeto de la Constitución (el juez puede anular aquellos actos administrativos contrarios a la Constitución); por el contrario, habrá que esperar la revolución keynesiana de los primeros años veinte para que, con la creación de las jurisdicciones constitucionales, surjan mecanismos capaces de constreñir al legislador a actuar del mismo modo (posibilidad de que el juez constitucional anule las leyes contrarias a la Constitución). Como se ha subrayado frecuentemente, se produce entonces un cambio de naturaleza del derecho constitucional: se «judicializa», por utilizar un término de L. Favoreu; se convierte en un «verdadero» derecho al que están sometidos todos los actores jurídicos si no quieren incurrir en la censura del juez. En otras palabras, no puede existir hoy derecho constitucional, en el sentido moderno del término, sin juez constitucional.

De esta exigencia de una jurisdicción constitucional destinada a conferir a la Constitución su plena normatividad no tuvo (o no quiso tener) conciencia el constituyente francés de 1958, y ello a pesar de que tenía ante sus ojos las sucesivas experiencias de Austria, de Italia y de Alemania. Es cierto que creó un Consejo constitucional, pero no estaba dirigido a conferir a todas las prescripciones de la Constitución plena fuerza jurídica. Se trataba simplemente de constreñir al Parlamento a contentarse con el papel, más reducido que en el pasado, que las nuevas instituciones le atribuyen. Y si, posteriormente, el Consejo constitucional ha terminado por cumplir, aunque con ciertas imperfecciones, el mismo papel que los Tribunales constitucionales austriaco, italiano o alemán, confiriendo así al derecho constitucional un nuevo lustre, ello se ha debido en parte al azar y no ciertamente a la voluntad del constituyente de 1958.

Nada parecido ocurre en España. La Constitución no sólo proclama en su artículo 9.1 que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», sino que además consagra su título IX a diseñar un Tribunal Constitucional cuya función es asegurar la superioridad normativa de la Constitución. Es cierto que dicho Tribunal, a diferencia de algunos de sus homólogos extranjeros, carece de toda competencia en materia contenciosa cuasi-penal (imputabilidad de la responsabilidad penal de las más altas autoridades del Estado, disolución de los partidos políti-

cos, ablación de derechos fundamentales de los ciudadanos que ponen en peligro el orden constitucional...). Sin embargo, dispone de amplias competencias en materia de control de normas y, especialmente, de sus actos legislativos, sea en el marco del control abstracto promovido por las autoridades políticas (recurso de inconstitucionalidad) o del control concreto incoado por las autoridades judiciales (cuestión de inconstitucionalidad). Por lo demás, su competencia específica en materia de protección de los derechos fundamentales (recurso de *amparo*) le permite anular aquellos actos parlamentarios, administrativos y judiciales que vulneren los derechos proclamados por los artículos 14 a 30 de la Constitución. Habida cuenta de la *porción preponderante que representa en el conjunto de su actividad la resolución de tales recursos de amparo*, el Tribunal se ha convertido, sobre todo, en juez de los derechos fundamentales y no en juez de la ley, pese a que cabe considerar (si bien este aspecto es discutido, especialmente por F. Rubio Llorente) que la razón de ser de las jurisdicciones constitucionales es la de ser jueces de la ley. Tampoco ofrece duda, si se tiene en cuenta el considerable número de recursos de *amparo* que se someten cada año al Tribunal, que este se encuentra al borde de la parálisis, hasta el punto que están siendo objeto de consideración reformas drásticas, entre las que cabe mencionar la de que sea el propio Tribunal quien decida cuáles de los recursos ingresados serán sometidos a la decisión del Tribunal, posibilidad de opción absolutamente extraña a la tradición jurisdiccional europea. No significa tal cosa que carezca de instrumentos capaces de asegurar con eficacia y rapidez la penetración de los nuevos valores constitucionales, no sólo en el orden jurídico propiamente dicho, sino también en la mentalidad de las autoridades políticas, administrativas y jurisdiccionales. En definitiva, con la «Constitución como norma y el Tribunal constitucional» (por utilizar las propias palabras de la conocida obra de E. García de Enterría) encontramos reunidos en España dos de los ingredientes indispensables del derecho constitucional contemporáneo.

### B) *Ampliación*

No cabe duda de que la esfera (o el campo de aplicación) del derecho constitucional se ha ampliado sensiblemente en el transcurso del tiempo, en el sentido de que determinadas cuestiones que en el pasado parecían ajenas a las Constituciones son ahora objeto de su atención. En otras palabras, se ha producido una extensión del contenido de las Constituciones que han terminado por regular prácticamente todos los aspectos de la vida jurídica. Cabe, por ello, afirmar que una de las características del constitucionalismo actual es su ampliación, es decir, su novedosa propensión a ocuparse de todo.

Sin simplificar demasiado, cabe en efecto afirmar que las Constituciones tradicionales, tras enunciar, en su caso, en un título preliminar cierto número de principios fundamentales relativos, por ejemplo, a la ciudadanía o al territorio antes de abordar, en un título final, las normas relativas a las modalidades de revisión, contenían sobre todo dos grandes series de disposiciones: en primer lugar las disposiciones relativas a las libertades públicas (por emplear la vieja terminología del derecho francés) o a los derechos fundamentales (si utilizamos la expresión más moderna que procede sobre todo de la Ley fundamental alemana) reconocidos a los individuos e incluso a las personas morales (el derecho constitucional material, si queremos emplear una expresión de L. Favoreu); en segundo lugar, las disposiciones relativas a las instituciones (el derecho constitucional institucional por seguir con una expresión del mismo autor), tanto si se trata de las instituciones constitucionales centrales (jefe de Estado, gobierno, Parlamento, poder judicial) o de instituciones descentralizadas (puesto que los grandes principios de la organización territorial del Estado figuran desde hace tiempo en la mayor parte de las Constituciones). Incluso ocurre, como es el caso de Francia, que la Constitución se reduzca esencialmente al derecho constitucional institucional, en tanto que las normas relativas a las libertades públicas o a los derechos fundamentales figuran en un preámbulo sobre cuyo valor jurídico existían opiniones muy dispares (como ocurrió durante la IV República) o, en ocasiones han brillado por su ausencia, según ocurrió en la III República.

Los tiempos han cambiado. Actualmente el constitucionalismo ya no se limita a proclamar los principios fundamentales del Estado, a levantar un catálogo de los derechos fundamentales reconocidos, a definir el estatuto y las competencias de las instituciones públicas más importantes y a precisar la forma en que puede ser revisada la Constitución. Actualmente regula en la práctica todos los aspectos de la vida jurídica, y lo hace de tal forma que cabe albergar el sentimiento de que ya no existen límites a la amplitud de su esfera: todo, o casi todo, puede ser objeto de reglas constitucionales; no existe ya un contenido natural (y cuasi-inmutable) de las Constituciones.

Es en este contexto en el que indudablemente debe situarse la Constitución española de 1978. Aunque sin ir tan lejos por este camino como la Constitución portuguesa de 1976 y, por supuesto, como la Constitución brasileña de 1988, que se caracteriza por una inflación de normas constitucionales, lo cierto es que aborda esferas que con anterioridad podían parecer ajenas al derecho constitucional. Pueden ofrecerse un par de ejemplos, entre otros, de este fenómeno de ampliación del campo del derecho constitucional.

El primer ejemplo es el de la administración. En la perspectiva tradicional, ya lo hemos indicado, la Constitución sólo se ocupaba de la administración

desde la perspectiva de la organización, al tratar del estatuto y competencias de las instituciones descentralizadas del Estado. En general, no contenía principios de fondo aplicables a la administración. Nada de esto ocurre con el título IV de la Constitución de 1978 consagrado (es trivial) al gobierno y (ya es menos trivial) a la administración: definición, en el artículo 103, de los principios que deben guiar el funcionamiento de la administración; constitucionalización, en el artículo 105, del derecho de los ciudadanos a ser oídos en el curso del procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y de su derecho de acceso a los archivos y a los registros administrativos; constitucionalización por el artículo 106 de la competencia de los tribunales para controlar el respeto de la legalidad por la administración; constitucionalización, por el mismo artículo, de la responsabilidad de la administración por los daños causados, salvo caso de fuerza mayor, debido al funcionamiento de los servicios públicos.

El segundo ejemplo es el de la economía. Intitulado «Economía y Hacienda», el título VII de la Constitución de 1978 tiene un contenido relativamente clásico al tratar de la hacienda y definir en particular, en su artículo 134, el régimen de las leyes financieras. Su contenido es más novedoso cuando aborda el problema de la economía, cuestión a la que no se referían las Constituciones liberales, como no fuera la eventual proclamación de la libertad de empresa como derecho fundamental, afirmación según la cual la riqueza del país queda subordinada al interés general (artículo 128), reconocimiento de la iniciativa pública en materia económica (el mismo artículo), mandato a los poderes públicos a fin de que promuevan la participación en las empresas (artículo 129) y atiendan a la modernización y al desarrollo de todos los sectores económicos (artículo 130).

No puede negarse que algunas de estas fórmulas no pasan de ser proclamaciones retóricas desprovistas de consecuencias prácticas. Ello no impide que, junto a la Constitución política, hay ahora tanto una Constitución económica como una Constitución administrativa. En otras palabras, el derecho económico, el derecho administrativo y, en fin, también las restantes ramas del derecho, ya que hubiéramos podido aportar otros ejemplos, se han constitucionalizado. Este fenómeno de constitucionalización, descrito por M. Frommont a propósito de la República federal de Alemania y por L. Favoreu en relación con Francia, también se ha producido en España de modo particularmente rápido debido a que ha sido favorecido, a la vez, por la ampliación del contenido de la Constitución y por su carácter normativo, garantizado por una jurisdicción constitucional que cuenta con competencias amplias.

### C) *Apertura*

Sería falsear la realidad pretender que, en el pasado, el derecho constitucional no miraba todavía hacia el exterior y que cada país se interesaba sólo por sus propias experiencias constitucionales sin interesarse por lo que ocurría más allá de sus fronteras. Es cierto que se elaboraron Constituciones sin sufrir apenas la influencia de Constituciones extranjeras. En este aspecto un caso típico lo representa la Constitución francesa de 1958, que es una Constitución original en el sentido de que no se inspira en ningún modelo preexistente. Ciertamente es que en aquellos momentos la situación a la que Francia debía hacer frente no era la de la mayor parte de los Estados que, algunos años antes (Italia en 1947, Alemania en 1949) o algunos años más tarde (Grecia en 1975, Portugal en 1976 o España en 1978), se habían dotado o se dotarían posteriormente de una nueva Constitución: en tanto que los países indicados salían de una experiencia autoritaria y era preciso restaurar la autoridad del Parlamento, en el caso de Francia, si se exceptúan los años negros de Vichy, salía de vivir decenios de un poder absoluto parlamentario, de tal forma que lo que era preciso restaurar era la autoridad del ejecutivo. Cabe señalar, además, que, si el constituyente francés de 1958 ha trabajado esencialmente sin tomar en cuenta las experiencias extranjeras, no ocurre lo mismo con la mayor parte de los demás constituyentes. Lo que estimamos característico del derecho constitucional contemporáneo es que esta apertura a las experiencias extranjeras ha superado el carácter latente y ocasional que tenía en el pasado y hoy en día tiene una pretensión sistemática bajo la influencia de múltiples factores que convendría estudiar con alguna profundidad (la creencia, no siempre fundada, de que es mejor lo de fuera, el peso creciente de un derecho constitucional comparado cuyo conocimiento se perfecciona en mesas redondas y en coloquios internacionales, la influencia de los expertos en ingeniería constitucional que exportan, en ocasiones, su experiencia nacional, el esbozo, en el seno de la Unión europea, de principios constitucionales transnacionales surgidos de la tradición constitucional de los Estados miembros...). Sin pretender magnificar el rasgo, podría decirse que la mayor parte de las Constituciones recientes son Constituciones sincréticas, en el sentido de que se esfuerzan en hacer la síntesis de aquellas experiencias constitucionales foráneas que estiman coronadas por el éxito (antes de ser tomadas, a su vez, como modelo por otros).

Tal es el caso de la Constitución de 1978 que ha estado ciertamente abierta a la influencia extranjera (antes de influir, como ya se ha indicado, sobre otras Constituciones, sobre todo las de los países iberoamericanos y, en un grado menor, sobre los países de Europa central y oriental). Ya en su artículo primero la fórmula según la cual España es un Estado de derecho social y democrático

recuerda el artículo 20.1 de la Ley fundamental alemana, según el cual la República federal alemana es un Estado (federal) democrático y social. El título primero, consagrado a los derechos y deberes fundamentales, recuerda en algunos aspectos a la primera parte de la Constitución portuguesa (una Constitución que a semejanza de la Constitución francesa de 1958, se elaboró en buena medida al margen de influencias extranjeras) y a los instrumentos internacionales relativos a los derechos del hombre. La moción de censura constructiva del artículo 113 se inspira directamente en el derecho alemán al igual que las amplias competencias del Tribunal constitucional, especialmente su competencia específica en relación con la legitimación de los individuos en materia de protección de los derechos fundamentales. La distinción entre los actos legislativos que puede promulgar el ejecutivo previa delegación del Parlamento (los decretos legislativos) y aquellos actos que puede adoptar sin previa delegación en caso de extraordinaria y urgente necesidad (los decretos-leyes), así como el régimen de unos y de otros, es de origen italiano al igual que la posibilidad reconocida a las comisiones parlamentarias de votar la ley o incluso, y esto es mucho más importante, la concepción de un Estado de las autonomías en tanto que Estado regional intermedio entre el Estado unitario clásico de tipo francés y el Estado federal de tipo norteamericano (incluso si la Constitución española va más lejos en la vía de la construcción del Estado regional de lo que lo había hecho, en su origen, el constituyente italiano). Se podrían citar otros ejemplos de esta apertura de la Constitución de 1978 a las influencias extranjeras. Es, como se ve, un caso paradigmático de las apuntadas combinaciones de soluciones nacionales (por ejemplo en lo que se refiere a la Corona) y de soluciones extranjeras que nos parecen ser una de las marcas del derecho constitucional contemporáneo.

## II. SOMBRA

Por el contrario, en otros aspectos la Constitución de 1978 parece alejarse de las tendencias más acusadas del derecho constitucional actual. En tanto nos parece conveniente facilitar su modificación para adaptarse mejor a las cambiantes necesidades, la Constitución española, casi fetichizada, se mantiene prácticamente inmutable (intangibilidad). Mientras el constitucionalismo contemporáneo tiene que defender más que nunca al Estado frente a las fuerzas centrífugas, no parece que la Constitución española sea capaz de curar al país de la enfermedad del Estado que ocasionalmente lo afecta (estatopatía). Mientras que el constitucionalismo actual debe conceder a los partidos políticos un papel de primer orden, sin que por ello vengan a ocupar un lugar desmesurado

en la sociedad política, tampoco está claro que la Constitución española, tras veinticinco años de aplicación, alcance ese resultado que, por lo demás, parece identificarse con la cuadratura del círculo (Partitocracia).

### A) *Intangibilidad*

A diferencia de lo que ocurría en el pasado, la Constitución ya no se concibe como una ley inmutable o cuasi inmutable del Estado destinada a resistir como un diamante a la usura del tiempo. En la actualidad creemos que deberá ser modificada frecuentemente con el propósito de adaptarse a las necesidades del momento, variables por naturaleza, sin que tales modificaciones signifiquen un atentado contra los principios fundamentales del Estado. Desde esta perspectiva, la Constitución española de 1978 parece bien concebida en la medida en que distingue entre un procedimiento normal de reforma (procedimiento del artículo 167) y un procedimiento excepcional (procedimiento del artículo 168), sensiblemente más rígido, que opera en las hipótesis de revisión total de la Constitución o de revisión parcial de los principios fundamentales del Estado (título preliminar), de los derechos fundamentales dotados del mayor nivel de protección (sección primera del capítulo II del título I) y del estatuto de la corona (título II). En estas condiciones, hubiera podido pensarse que, reservado el procedimiento excepcional a supuestos igualmente excepcionales, se acudiría frecuentemente al procedimiento normal de reforma. Ahora bien, como sabemos, no ha sido este el caso, ya que, en veinticinco años, el procedimiento normal sólo ha sido utilizado una vez, en 1992, a propósito del artículo 13.2 de la Constitución, relativo al derecho de los extranjeros a ser elegidos, una vez dictada por el Tribunal constitucional su decisión de 1 de julio de 1992 al poner de relieve al respecto una contradicción entre el texto original de la Constitución y el tratado de Maastricht.

Se trata, como se ve, de una cifra muy baja si se compara con el número de revisiones llevadas a cabo en la mayor parte de los restantes países europeos (aunque no, ciertamente, en Estados Unidos). En Francia, la Constitución de 1958 ha sido revisada casi veinte veces, es decir, dos veces más que todas las anteriores. La Ley fundamental alemana, la Constitución italiana o la Constitución portuguesa han experimentado igualmente revisiones de importancia; cabe igualmente citar el caso de Bélgica, verdadero laboratorio constitucional, cuya Constitución se encuentra en perpetua mutación, o el de Austria donde las revisiones se cuentan por centenas. *Grosso modo*, estas frecuentes revisiones responden a tres grandes tipos de razones: modificar el estatuto de una institución que atendiendo a razones de oportunidad ya no es conveniente; adaptar la Constitución al desarrollo de la construcción europea y, de modo más general,

de la sociedad internacional; enfrentarse, llegado el caso, a una decisión de la jurisdicción constitucional cuyo protagonismo sólo es aceptable desde un punto de vista democrático si puede ser contrarrestado por el constituyente, es decir, por el soberano.

No cabe dudar de que revisiones de este tipo hubieran hallado fundamento para su realización en España: al menos, una institución, el Senado, no ha llegado a encontrar nunca su propia carta de naturaleza, de tal forma que su reforma se encuentra siempre a la orden del día, reforma que no llegará nunca a realizarse si tal cosa exige una revisión de la Constitución; si, en 1992, el artículo 13.2 de la Constitución ha sido revisado en lo que se refiere al problema de la elegibilidad de los extranjeros tras la aprobación del tratado de Maastricht, estimamos que otros artículos hubieran podido o debido revisarse como consecuencia del mismo tratado o de otros compromisos internacionales, tales como, para citar un solo ejemplo, el tratado sobre el Tribunal penal internacional (incluso si el artículo 93 de la Constitución, al que nos referiremos en el párrafo siguiente, prohíbe cualquier conclusión categórica en la materia); si, en Francia, la revisión constitucional de 25 de noviembre de 1993 introducía en la Constitución un artículo 53.1 nuevo, no tuvo otro objeto que el de enfrentarse a la decisión del Consejo constitucional de 12 y 13 de agosto de 1993 sobre el derecho de asilo, tampoco hubiera sido inconcebible que, en España, una revisión constitucional hubiera realizado la misma tarea en lo que se refiere a la decisión del Tribunal constitucional de 27 de febrero de 2002, relativa al mismo derecho (incluso si ambas decisiones no son comparables en absoluto respecto del fondo, más bien, en verdad, diametralmente opuestas).

No ha sido así por razones que están, sin duda, ligadas al temor de abrir la caja de Pandora: presentar la Constitución de 1978 como de hecho intangible (o cuasi intangible) tiene la ventaja de no abrir el debate acalorado sobre la evolución del Estado de las autonomías y de favorecer el mantenimiento de un statu quo que podría ser discutido si se entraba en un proceso recurrente de revisiones constitucionales destinadas a hacer posible una puesta al día de la Constitución de 1978.

El riesgo existe, pero, de no hacerle frente, nos enfrentamos a otro, el de tener una Constitución parcialmente desfasada con relación a las exigencias del momento.

## B) *Estatopatía*

Las constituciones contemporáneas deben regular, de la manera más precisa posible, las relaciones del Estado con el nivel infraestatal y con el nivel su-

praestatal puesto que el fortalecimiento de las tendencias descentralizadoras y la creciente integración de la sociedad internacional, especialmente en el nivel europeo, son tendencias acusadas de los últimos años. En otras palabras, sin que ello signifique obstaculizar tales evoluciones que son globalmente positivas y, por lo demás, seguramente ineluctables, el constitucionalismo actual debe dotar al Estado del medio de controlarlas so pena de perder su propia sustancia.

No es seguro que la Constitución de 1978 alcance siempre este resultado. Es incluso probable que no haya podido curar, en todos los casos, al Estado de la enfermedad crónica que lo amenaza, la de ver sus competencias pasar, más o menos vergonzantemente, al nivel infraestatal o al nivel supraestatal, incluso aunque, según creemos, el Estado español ha resistido mejor en el primer aspecto que en el segundo.

Para empezar, el capítulo III del título VIII de la Constitución, pese a que ha sido objeto de críticas severas, define en casi veinte artículos, a menudo extensos, las modalidades de constitución, las reglas de organización y las competencias de las Comunidades Autónomas. Es decir, que estas últimas se insertan en un marco constitucional relativamente detallado y completado por numerosas leyes estatales, tanto si se trata, por ejemplo, de las leyes orgánicas que contienen el estatuto de las Comunidades Autónomas o de aquellas otras que transfieren o delegan competencias, marco constitucional y leyes que constituyen lo que se ha convenido en denominar el bloque de la constitucionalidad, en el sentido español del término, sensiblemente diferente del sentido francés.

En segundo lugar, el Tribunal constitucional ha estado en situación de desempeñar un papel activo en la defensa de dicho bloque de la constitucionalidad: único en su género, puesto que no existe jurisdicción constitucional en cada Comunidad autónoma (solución lógica en un Estado que no es un Estado federal, sino un Estado regional), es competente no sólo para controlar las normas del Estado, sino también las de las Comunidades Autónomas; realiza dicho control a través de vías procedimentales múltiples y utilizadas frecuentemente, especialmente los procedimientos de control de normas y, en particular, el recurso de inconstitucionalidad (en un buen número de recursos de inconstitucionalidad se plantean en efecto respecto de las leyes impugnadas defectos que conciernen exclusivamente o principalmente a las reglas de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas), al igual que los procedimientos de conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas (el procedimiento de conflicto positivo desempeña respecto de los actos administrativos un papel que no se diferencia mucho del que desempeña el recurso de inconstitucionalidad respecto de las leyes, pues, como hemos indicado, en la

práctica este recurso sirve frecuentemente para resolver problemas de reparto de competencias). En otros términos, el Tribunal constitucional ha sido un actor decisivo en la concretización del Estado de las autonomías diseñado por el constituyente.

La situación es casi la opuesta si abandonamos el terreno de la defensa del Estado frente a las aspiraciones infraestatales para abordar el de su defensa frente a las presiones supraestatales, en el sentido de que entonces la Constitución puede parecernos muy permisiva y el Tribunal constitucional poco activo.

Si se trata de la Constitución, nuestra atención debe dirigirse al artículo 93 cuando dispone que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Este artículo contiene algunas garantías: se exige una ley orgánica; lo que se transfiere es el ejercicio de competencias, no su titularidad (aunque se piense que esta distinción adolece de formalismo); sólo se pueden transferir competencias determinadas, no el conjunto de las competencias; el beneficiario de la transferencia sólo puede ser una organización o institución internacional, no otro Estado. Por lo demás, este tipo de disposición no es desconocida en el derecho comparado de los países europeos, como prueban, por ejemplo, los artículos 23 y 24 de la Ley fundamental alemana. Por otra parte, el artículo 93 puede considerarse muy impreciso (mucho más en cualquier caso que los artículos citados más arriba de la Ley fundamental), aunque sólo fuera porque abre la puerta a cualquier transferencia de competencia sin subordinarla a la realización de objetivos previamente definidos y que servirían para encuadrarlas.

En cuanto al Tribunal constitucional, apenas ha tenido ocasión de pronunciarse en la materia. Es cierto que existe un artículo de la Constitución de 1978, el artículo 95, quizás el único inspirado en la Constitución francesa de 1958 (concretamente, el artículo 54), en términos del cual «la conclusión de un tratado internacional que contiene disposiciones contrarias a la Constitución deberá ir precedida de una revisión de ésta». Pero este procedimiento sólo ha sido utilizado una vez, según hemos ya indicado, a propósito de la elegibilidad de los ciudadanos comunitarios impuesta por el tratado de Maastricht. Y si bien es cierto que existe la posibilidad de dirigirse posteriormente al Tribunal, especialmente a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto también es que tales recursos nunca han servido para impugnar los tratados (especialmente los tratados cuyo propósito es fortalecer la construcción europea) o las leyes que autorizan la ratificación alegando que serían contrarios a la Constitución, sin duda porque el artículo 93 despoja de significado a todo debate planteado en términos de constitucionalidad (también sin duda cuando se trata de tratados que fortalecen la construcción comu-

nitaria, porque durante mucho tiempo ha existido —y existe quizá hoy todavía— un amplio *consensus* acerca de este movimiento del que España se ha beneficiado en buena medida. En cualquier caso, no existen en la jurisprudencia constitucional española decisiones comparables a la sentencia Solange I del Tribunal constitucional alemán (que hasta 1986 no será continuada por la sentencia Solange II) o a su sentencia de 12 de octubre de 1993 relativa al tratado de Maastricht que, como rasgo común, ponen límites a la construcción europea, la primera en el terreno de los derechos fundamentales, la segunda en el terreno, más sustancial, del mantenimiento de Alemania como Estado soberano.

En definitiva, cabe preguntarse si el artículo 93 no es una puerta entreabierta a través de la cual se escapa una porción de la soberanía española sin que el común de los mortales perciba verdaderamente el hecho, en la medida en que de la lectura de la Constitución no se desprende claramente las competencias constitucionales que realmente han sido transferidas al nivel internacional a través de leyes que no son leyes constitucionales (de tal modo que el artículo 93 no está lejos de ser una tercera vía, más manejable, de revisión de la Constitución de 1978). Nos permitimos afirmar que el planteamiento francés del problema es más respetuoso con el principio de prevalencia de la Constitución, sin que por ello obstaculice una construcción europea (de la que ya hemos dicho que es globalmente positiva y quizá ineluctable), pero procurando que cada paso decisivo vaya precedido de una revisión constitucional, consentida en su caso por el pueblo: en la medida en que no existe en la Constitución de 1958 el equivalente de los artículos 23 y 24 de la Ley fundamental alemana o del artículo 93 de la Constitución española, el Consejo constitucional (o el Consejo de Estado estatuyendo en el marco de su papel consultivo) ha estimado que en cada ocasión que un compromiso internacional cuya incorporación al derecho interno se consideraba contenía una cláusula contraria a la Constitución o vulneraba las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía, se daba el supuesto de la revisión previa de la Constitución; en consecuencia, la ratificación del tratado de Maastricht, del tratado de Amsterdam, del tratado del Tribunal penal internacional o la introducción del mandamiento de detención europeo fueron precedidos de una revisión constitucional, efectuada en ocasiones mediante referéndum (en el caso del tratado de Maastricht), mientras que la Carta sobre lenguas regionales no fue ratificada porque la Constitución no había sido modificada cuando, en verdad, el Consejo constitucional había juzgado que los dos textos eran contradictorios.

C) *Partitocracia*

Es evidente que no puede existir auténtica democracia sin pluralidad de partidos políticos y que la Constitución española tiene toda la razón cuando, en su artículo 6, afirma solemnemente que «los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política». Pero es preciso que los partidos políticos no lleguen a desempeñar un papel excesivo en el sistema político. El derecho constitucional contemporáneo tiene clara conciencia de ello: en tanto que las constituciones tradicionales no reconocían el lugar eminente que se reserva a los partidos políticos en una sociedad democrática, no se puede decir lo mismo de las Constituciones modernas; pero, al mismo tiempo, algunas de ellas tratan de evitar que los partidos confisquen totalmente la representación del pueblo y fagociten todas las instituciones. Cabe lamentar que este no sea exactamente el caso de la Constitución española. El hecho de que esta proteja los partidos políticos y su diversidad contrasta felizmente con el régimen precedente. Que los proteja hasta el punto que se encuentren presentes por doquier no coincide con lo que nos parece ser uno de los desafíos del constitucionalismo de hoy en día: poner a los partidos en su lugar apropiado, un lugar determinante pero únicamente en el seno de las instituciones políticas y a condición de que no ahogue la expresión de la voluntad popular. De modo más preciso, nos parece conveniente señalar tres síntomas del peso, quizá excesivo, conferido a los partidos políticos.

El primero, no el más importante, es el dominio total ejercido por los partidos políticos sobre el proceso electoral y, por tanto, sobre los elegidos. Bien sea porque la Constitución conlleva tal resultado, bien sea porque la ley orgánica relativa al régimen electoral general lo impone, todas las elecciones se desarrollan con un escrutinio de lista (generalmente por representación proporcional). Las listas sólo pueden ser presentadas por los partidos políticos o por las coaliciones de los partidos políticos o (he aquí un elemento de apertura) por grupos de electores a condición, entonces, de que cumplan las condiciones fijadas por la ley y que varían según la elección de que se trate (por ejemplo, para las elecciones al Congreso de los diputados representar al menos el uno por ciento de los electores de la circunscripción). En cualquier caso, las listas son cerradas y bloqueadas, de tal forma que los candidatos (y, en consecuencia, los elegidos) están en una situación de clara dependencia en sus relaciones con el partido político cuyos colores representan: de acuerdo con el lugar en el que hayan decidido colocarlo los dirigentes del partido, el candidato tendrá posibilidades o, en caso contrario, ninguna posibilidad de resultar elegido. Sin ir hasta el punto de defender un escrutinio uninominal, que tiene sus inconve-

nientes en lo que se refiere a la exactitud de la representación política, pero que a veces permite, si no importa qué elector puede presentarse, que resulten elegidas personalidades al margen de los partidos; la simple posibilidad de modificar el orden de las listas o de mezclarlas reforzaría sin duda en parte la independencia de los candidatos y de los elegidos respecto de los partidos políticos.

Más preocupante es la posibilidad que se ofrece a los partidos políticos de desempeñar un papel no desdeñable en instituciones diferentes de las puramente representativas (Parlamento central, Parlamentos de las Comunidades Autónomas, asambleas locales). Por lo pronto, el hecho de que, en la práctica, los partidos políticos concurren a la composición del Tribunal (si el Congreso de los diputados y el Senado deben designar cada uno cuatro miembros de la jurisdicción constitucional con una mayoría cualificada de tres quintos de sus miembros, es excepcional que su elección se centre en personalidades indiscutidas e independientes que serían plebiscitadas por todos; en realidad, los partidos políticos se reparten los puestos en proporción a la importancia de su grupo parlamentario según el viejo sistema austriaco de la *proportz*) puede plantear algunos problemas, con independencia de que C. Eisenmann haya demostrado que era menos importante el modo de designación de los jueces constitucionales que su estatuto (y su calidad de jurista), o de que también L. Favoreu haya subrayado que la intervención de las cámaras en la designación de los jueces constitucionales no se hallaba desprovista de justificación en la medida en que confería una legitimidad democrática a la institución. Más preocupante es el papel más importante que desempeñan los partidos políticos en la composición del Consejo general del poder judicial y, por tanto, en la selección y carrera de los jueces. A pesar de las diferentes leyes orgánicas que se han sucedido (leyes orgánicas del 10 de enero de 1980, ley orgánica de 1 de julio de 1985, ley orgánica de 28 de junio de 2001) debido a que la Constitución sólo determina el modo de designación (por el Parlamento) de ocho de sus veinte miembros y remite para el resto de los miembros, sin duda de forma poco afortunada, a la ley orgánica, a la institución le cuesta fundamentar su legitimidad y garantizar efectivamente la independencia de jueces y magistrados. Más que nunca, la exhortación contenida en la sentencia del Tribunal constitucional de 26 de julio de 1986 sigue siendo válida: la lógica del Estado de partidos debe dejar al margen de la lucha de partidos algunas esferas de poder, especialmente del poder judicial. Sin embargo, no es este el caso y hay también otras instituciones constitucionales sometidas igualmente a esta lógica, por ejemplo el Tribunal de cuentas, cuyos doce miembros son designados mitad por el Congreso de los diputados y mitad por el Senado con una mayoría cualificada de tres quintos, de tal forma que, en la práctica, opera el mismo sistema de la *proportz* que el ya indicado a propósito del Tribunal constitucional. Por lo demás, no tiene

nada de excepcional que las fuerzas políticas supediten las negociaciones a que da lugar la provisión de los puestos vacantes, incluso aunque dependan de instituciones diferentes, con la finalidad de resolver todo en una negociación global que trata a la vez, por ejemplo, del Tribunal constitucional, del Consejo general del poder judicial y del Tribunal de cuentas, con el riesgo de dejar pasar algunas semanas o incluso algunos meses la fecha de la renovación de dichas instituciones, lo que significa llevar al paroxismo la lógica del Estado de partidos.

El último síntoma de esta partitocracia es el lugar muy reducido que reserva el derecho español a los procedimientos de democracia semidirecta que, por lo demás, cuando existen, no son procedimientos de iniciativa popular cuya actuación ha sido decidida por el pueblo en el momento que ha elegido y en el terreno que ha decidido, debido a lo cual son mucho más difíciles de controlar por los partidos políticos que si se tratase, por ejemplo, de procedimientos de iniciativa gubernamental. De este modo, en el nivel local, el artículo 71 de la ley de 2 de abril de 1985 que fija las bases del régimen local habilita a los alcaldes (y sólo a ellos) para organizar referéndum con la doble condición de ser autorizados por el municipio y por el gobierno central, lo que puede parecer excesivamente restrictivo. En el nivel de las Comunidades Autónomas el referéndum ha desempeñado un papel importante en la puesta en funcionamiento de lo que entonces se llamaban Comunidades Autónomas de primer rango pero ya no intervienen en la elaboración de sus políticas. En el nivel nacional, se prevé el referéndum en materia constitucional, sea de carácter obligatorio (revisión total de la Constitución o revisión parcial que afecte a los principios fundamentales del Estado, los derechos fundamentales de primer rango o la Corona), sea a título facultativo (en las demás hipótesis cuando una décima parte de los miembros de una u otra cámara lo solicita), pero, en materia no constitucional, su régimen es muy restrictivo. Por un lado, no se trata de un referéndum de iniciativa popular, ya que lo decide el Rey a propuesta del gobierno, previamente autorizado por el Congreso de los diputados. Por otro lado, no se trata de un referéndum normativo o impositivo, sino simplemente de un referéndum consultivo, una denominación que, ello es cierto, puede ser en buena medida artificial: cabe en efecto preguntarse si, desde un punto de vista político, un referéndum puede ser verdaderamente consultivo en la medida en que, cuando los ciudadanos se han pronunciado en un sentido determinado, aunque fuese con motivo de un referéndum pretendidamente consultivo, cuesta imaginar qué autoridad sería competente para adoptar la decisión de actuar en un sentido diferente del decidido por el pueblo (por otra parte, no es raro que la autoridad política que inició el referéndum «consultivo» se comprometa a aceptar los resultados del referéndum, como hizo F. González con ocasión del único referén-

dum de este tipo organizado en España desde 1978, el referéndum de 12 de marzo de 1986 sobre el mantenimiento de España en la OTAN).

Como quiera que sea, nos parece que estos procedimientos no permiten, en la medida debida, contrarrestar la influencia de los partidos con la del pueblo, lo que significaría que la Constitución española ha llevado quizá la lógica del Estado de partidos más allá de lo que era estrictamente necesario para permitir un funcionamiento del régimen respetuoso con los valores democráticos. Aquí está presente, sin duda alguna, uno de los desafíos del constitucionalismo contemporáneo: situar los partidos políticos en su lugar adecuado, un lugar eminente pero que, no por ello, confisque en demasía la voluntad del pueblo.

