Miguel Herrero de Miñón

XXI ENSAYOS de Derecho Constitucional comparado

Boletín Oficial del Estado
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Derecho Público

XXI ENSAYOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Catedrática Jean Monnet, *ad personam,* de la Unión Europea

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, *ad personam,* de la UE.

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

María José Ciáurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, *ad personam,* de la UE.

Eugeni Gay Montalvo, Abogado.

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, *ad personam,* de la UE y Presidente de la Fundación Jean Monnet pour l'Europe.

Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

Doctora Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

Emilio Jiménez Aparicio, Abogado.

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

Fernando Martín Díz, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

Doctor Nuno Piçarra, Professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

Miguel Recuerda Girela, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED.

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

Miguel Herrero de Miñón

XXI ENSAYOS de Derecho Constitucional comparado

Boletín Oficial del Estado
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Derecho Público

XXI ENSAYOS de Derecho Constitucional comparado

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

DERECHO PÚBLICO
COLECCIÓN 12

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2020

Primera edición: noviembre de 2020

En sobrecubierta: Alegoría de la libertad, por Ponciano Ponzano, frontón del Congreso de los Diputados, Madrid.

En contraportada: Pórtico del Congreso de los Diputados, león modelado por Ponciano Ponzano y fundido en Sevilla en 1872.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones,* se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Miguel Herrero de Miñón.
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO AEBOE:

en papel: 090-20-216-6
en línea, PDF: 090-20-217-1
en línea ePUB: 090-20-218-7

NIPO CEPC:

en papel: 091-20-086-X
en línea, PDF: 091-20-087-5
en línea, ePUB: 091-20-088-0

ISBN: 978-84-340-2669-8
Depósito legal: M-27122-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

		Páginas
PRÓLOGO DEL AUTOR		9
ORIGEN DE LOS TEXTOS		13
1.	Mi positivismo	15
2.	Constitucionalismo y nacionalismo	21
3.	La recepción: el elemento germánico en el moderno constitucionalismo español	27
4.	Autoctonía	43
5.	Tipología de la transición constitucional	81
6.	Sobre la mutación constitucional	95
7.	Balance de un siglo de constitucionalismo	105
8.	Tres vidas de la Constitución aragonesa	129
9.	Un precedente del estado autoritario: la Polisinodia del Antiguo Régimen	145
10.	El valor constitucional de identidad	161
11.	Las funciones del Jefe de Estado parlamentario	175
12.	Monarquía y desarrollo democrático	199
13.	Territorio estatal y territorio colonial	213
14.	El territorio como espacio mítico	255
15.	Preámbulos	275
16.	Seis décadas después de la Declaración Universal de Derechos Humanos	287
17.	El relieve constitucional de la identidad religiosa	303
18.	¿El Estado social amenazado por la Unión Europea?	337
19.	Los derechos históricos	359
20.	El retorno del pactismo	373
21.	Los derechos entrañables	387

PRÓLOGO DEL AUTOR

En este mes de junio cumplo 80 años y he dedicado muchos de ellos al estudio y la práctica del derecho constitucional. Esa rama del derecho que organiza el poder y garantiza la libertad. Es decir, establece quién manda, hasta dónde se manda, e incluso para qué se manda. Es en ese marco en el que en el estado constitucional se plantean las opciones y se toman las decisiones políticas que el derecho no puede ni debe sustituir sino condicionar, marcando formas y límites y estableciendo metas.

Jaime Guasp, de quien tanto aprendí, señalaba dos funciones en el derecho: la conservación social que requiere la paz y el progreso de la sociedad que demanda la justicia.

Así el derecho constitucional al proscribir la arbitrariedad y dar estabilidad y orientación a la política contribuye a la conservación de la paz y la promoción de la justicia y a evitar que la acción política sea fútil como las ocurrencias del iluminado de turno y lo fútil cuando de cosas serias se trata resulta fatal.

En mi caso, ¿azar o vocación? Sin duda ambas nutridas por un halagüeño destino. Porque como jurista profesional al servicio del Estado, Letrado de su Consejo desde 1966 y desde el 2009 Consejero Permanente y durante más de tres lustros (1977-1993) político en activo, tuve la muy honrosa fortuna de contribuir, con dosis no escasa, a la transición política de España hacia la democracia coronada por la Monarquía. Ya preparándola doctrinalmente, ya instrumentándola técnicamente, ya participando en su culminación como uno de los ponentes de la Constitución de 1978 y autor de las normas electorales aún vigentes. Después, al hacer política siempre he recurrido a la argumentación jurídica y eso ha dignificado, en la medida en que se ha hecho, la vida parlamentaria. Una tesis doctoral presentada en la Complutense en 1966 y publi-

cada en 1971 con el título de *Nacionalismo y Constitucionalismo, el Derecho Constitucional de los Estados Descolonizados* (Tecnos 1971) me abrió al comparatismo entendido no como mera yuxtaposición de resúmenes esquemáticos sino como el análisis textual de sus paralelismos, recíprocas influencias y del sentido de ellas. *El Principio Monárquico, un estudio de la soberanía del Rey en las Leyes Fundamentales* (Edicusa 1972) que sirvió de herramienta principalísima de la transición desde el estado autoritario a la democracia gobernante. Dos libros, *Idea de los Derechos históricos* (Austral 1991) y *Derechos históricos y Constitución* (Taurus 1998), glosas de la Disposición Adicional Primera de la Constitución de la que me precio en ser coautor y que ha servido y confío en que servirá para integrar aún más la plurinacionalidad estructural de la monarquía española. *El valor de la Constitución* (Crítica 1993), recopilación de 25 estudios de exégesis constitucional del texto de 1978. Tras crear las instituciones era preciso contribuir a criarlas. *Cádiz a contrapelo* (Taurus 2014) y *Tres conferencias sobre la reforma constitucional* (Tirant 2016). Tales son los principales hitos de mi contribución doctrinal a la materia entre más de un centenar de textos de ligera envergadura, pero no todos ellos de menor cuantía, dispersos en obras colectivas y revistas jurídicas.

De estos últimos, ya con un pie en el estribo, he seleccionado 21, más por reverencia al consejo aritmético del admirado Virgilio que por respeto al siglo que comenzamos. No los he actualizado ni siquiera en su estructura formal ni apenas enmendado. Confío en que el lector no encuentre contradicciones y le ruego excuse las reiteraciones incluso textuales.

Por su temática, varia pero armónica trenzada en la creciente reiteración de un mismo motivo: la integración del cuerpo político como esencia de la Constitución y el correlativo relieve constitucional del valor de identidad. Por su origen, mi propia experiencia personal como jurista español de hoy que los ha pensado y escrito con las manos para atender y pretender contribuir a resolver problemas concretos y urgentes; y por su método, abierto al comparatismo e interesado en la construcción dogmática, creo que son representativos de toda mi obra.

Algunos de esos ensayos son prometedores fragmentos de una teoría general que no supe escribir a su tiempo. Unos son de historia constitucional comparada, otros analizan categorías redorando las ya olvidadas e incluso intentando dar a luz categorías nuevas para iluminar fenómenos jurídicos y políticos nuevos. He dejado al margen los ensayos un tanto críticos relativos a la deriva de la integración europea. Si el euroescepticismo es en España políticamente incorrecto también lo es la expresión popular no menos cierta que aconseja evitar dar gran lanzada a moro muerto, pero aun así he incorporado como texto número 18, uno del 2017 en el que reiterando lo que vengo diciendo desde

hace veinte años y ahora actualiza la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020.

Todos ellos pretenden atenerse solo al derecho porque, al decir de Jellinek, solo a través del derecho se llega al derecho. Pero a juicio de tan ilustre jurista a cuya obra mucho debo, la interpretación del derecho no puede prescindir de lo que le antecede y condiciona y, modestamente, me atrevo a añadir aquello a lo que sirve, provoca o continúa. Lo que Ihering denominó el fin en el derecho. En el constitucional, una realidad política al margen de la cual sus normas positivas, su aplicación jurisprudencial y su construcción doctrinal no pasa de ser un cascarón vacío.

Pero seamos prudentes. Por un lado, si el derecho encauza y racionaliza la política como hace con las relaciones familiares o mercantiles no la sustituye. Las fórmulas jurídicas son instrumentos para construir la realidad pero no una triaca máxima que basta enunciarla para crearla. Creer tal cosa es caer en el más burdo pensamiento mágico. Por otro lado, huyamos de disolver las normas y su dogmática en el reino de los valores suprapositivos o de las raíces sociales de las instituciones. La realidad inmediata que al jurista le es dada analizar y manipular no es la realidad completa, pero es suficiente y es a la que me atengo para evitar ser frívolo y conseguir ser útil.

Madrid, junio del 2020

ORIGEN DE LOS TEXTOS

1. Fragmentos del Discurso de recepción del Premio Pelayo el 15 de noviembre del 2007 (inédito).

2. Versión española de la conferencia pronunciada en la Universidad de París III en octubre del 2005 (texto inédito).

3. *e-Legal History Review* 27 (2018).

4. Autoctonía Constitucional y Poder Constituyente (Con referencia a algunos casos recientes en la historia de la descolonización)». *Revista de Estudios Políticos*, 169-170, (1970), pp. 29-122.

5. «Tipología de la Transición». *Res publica Revista de Filosofía Política número 30;* año 16. 2013. Versión inglesa en Rocha Carcel (ed) *Transitions, The Fragility of Democracy,* Berlín (Logos Verlag) 2016, p. 54 y ss.

6. Luciano Parejo (coord.) *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Homenaje al Pfr. Tomás de la Quadra;* Valencia (Tirant), 2017.

7. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* LII, 77 (1999-2000), página 449 y ss. con importantes adiciones.

8. *Lección Lluch*, Universidad de Valencia, Madrid 2012.

9. *Estudios en homenaje a José Antonio Maravall*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1986, II, p. 279 y ss.

10. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LXXI, 96, (2018-2019), p. 425 y ss. con adiciones procedentes de la Conferencia dada el 28 de enero de 2020 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

11. *Revista española de Derecho constitucional*, número 110 (2017), p. 13 y ss.

12. Versión española del original francés publicado en *Pouvoirs*, número 78 (1996), p. 7 y ss.

13. *Libro Jubilar del Consejo de Estado, Estudios de derecho administrativo*, Madrid 1974.

14. *Libro en honor de Manuel García Pelayo*. Caracas (Universidad Autónoma de Venezuela), II, p. 279 y ss.

15. Rodríguez Piñero y Casas Bahamonde, (eds.) *Comentarios a la Constitución española,* XL Aniversario, Madrid, BOE, 2018, I, p. 3.

16. *LX aniversario Declaración Universal Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de España, 2009, p. 17 y ss.

17. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LXX, 95 (2017-2018), p. 353.

18. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LXXV, 90 (2012-2013), p. 387 y ss.

19. *Iura Vasconiae, Revista de Derecho Histórico y Autonómico vascongado,* número 16 (2019).

20. Texto inédito.

21. *Anales de Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, XXVI, (2013-2014), 91, p. 245 y ss.

1. MI POSITIVISMO

¿Qué significa ser de veras positivista? ¿Qué es en realidad el positivismo? No teman, no se lo voy a contar. Baste decir que, sintetizando los rasgos comunes a las muy diferentes corrientes de este modo de entender el derecho, creo posible afirmar que, para el positivista, la normatividad jurídica no es una noción formal, sino predicado empírico de un orden concreto. «Cuando se habla, por ejemplo, del derecho italiano o del derecho francés –dice Romano–... en lo que se piensa… en primer lugar es en la compleja y variada organización del Estado italiano o francés». El derecho, para el positivista, no debiera ser un sistema lógico formal de estructura racional, cognoscible a través de categorías inmanentes y carente de «color, olor y sabor», sino, como decía Savigny, «la vida humana considerada desde cierta perspectiva». Lo que hay de necesario en las relaciones sociales.

Pero el derecho así concebido no solo es el contenido en las leyes vigentes –positivismo de la ley– es el positivismo del derecho que toma en consideración junto a las normas, los valores que les dan sentido y se proyectan a través de todo el ordenamiento como el sabio Smend dijo al reformular los derechos fundamentales. Es el que atiende a los hechos de la práctica jurídica cuya «fuerza normativa» es la principal fuente de producción jurídica al decir del gran positivista que fue Jellinek.

Pero la cuidadosa atención a la misma no se reduce a las decisiones del legislador sino a la pluralidad de actores, que no meros operadores, que la subyacen, encuadran y se siguen acordando entre sí. Ya decía el viejo Papiniano repitiendo una fórmula romana *lex est communis rei publicae sponsio* (Dig 1,3,1) a conciencia de que la *sponsio* es la esencia del viejo contrato romano. Una *sponsio* de todos los miembros del pueblo y como éste no es nunca monolítico sino plural, de las diversas identidades que lo integran.

Mi positivismo no fue fruto de una opción metodológica ni menos aún filosófica, sino que, una vez más, la práctica resultó ser la mejor crítica depuradora de la teoría y la justificación doctrinal, si acaso, vino después. Porque, como práctico del derecho, modesto abogado, legista de Estado y político que nunca olvidó su condición de jurista, el derecho que encontré y apliqué, el derecho que contribuí a elaborar, desde el Título Preliminar del Código Civil a la Constitución, el derecho que propugné y glosé, a lo largo de muchas, tal vez demasiadas páginas, se caracterizó por las siguientes tres notas: temporalidad, identidad y afectividad, algo especialmente valioso en un siglo de siglas globalizadas y abstrusas como el presente. Lo que Sohm denominaba el palacio encantado del derecho, no tiene por qué ser, a mi juicio, gélido como una fábrica, puede y debe ser cálido y confortable como un hogar. De ahí la importancia de la estética en la Teoría del Estado y en general del Derecho y mi preocupación por la belleza evocadora del lenguaje jurídico y el diseño y denominación de las instituciones.

Primero, la temporalidad, porque el derecho «no es, sino que llega a ser», en un proceso donde «nunca hay un comienzo ni un fin absoluto, sino un permanente desenvolvimiento, acumulativo en que nada se pierde ni permanece». La prescripción, institución jurídica de la temporalidad, es a la vez, constitutiva e extintiva. El tiempo que no deja nada sano es también constituyente. El derecho así concebido sirve para abordar los problemas, pero no da cabida a las temibles «soluciones finales», ni a las decisiones arbitrarias. En el derecho, como del bosque decía el poeta, «reina el antecedente» y no para trabar la iniciativa del jurista, porque su misión no es negar el pasado, sino asumirlo para construir con él un mejor futuro. La transición del autoritarismo a la democracia a la que tuve el honor de contribuir y en la que el derecho fue instrumento principal de la política, consistió precisamente en eso. Mis lucubraciones sobre los derechos históricos, que pretenden reconocer e integrar más eficazmente la plurinacionalidad española, responden a esta visión del derecho constitucional. Un derecho, el constitucional, mero cascaron vacío si se entiende como fruto de la decisión instantánea, unilateral e incondicionada de un mítico constituyente y no como la expresión jurídica de la integración histórica del cuerpo político. Un cuerpo político que, para ser verdadero «demos», ha de surgir del «ethnos» prepolítico, decantado por el tiempo y «basado –dirá Puchta– en circunstancias de hecho, a saber en la afinidad física y espiritual, en la de las facultades y las convicciones».

Ello me lleva al segundo de los rasgos atrás enunciados, la identidad singular que nunca es individual sino colectiva. Cuando en la poesía homérica se pregunta a Glauco o al mismo Eneas por su nombre, responden preciándose

de pertenecer a un determinado pueblo, por que, en efecto, la intersubjetividad es condición trascendental de toda subjetividad. Cuanto aparece como individual –dirá Savigny– puede pensarse, mejor desde otra perspectiva, como miembro de una totalidad superior. Y eso, en derecho supone, entre otras cosas, la revalorización de lo institucional y comunitario como imprescindible horizonte de la autonomía individual. Y, sobre todo, la consideración del «pueblo» –un concepto que implica no solo identidad, sino cohesión social y concordia política– como piedra angular de la jurisprudencia. Como decía Savigny, el derecho se halla «en conexión orgánica con la esencia y el carácter del pueblo… crece y se forma con él y muere cuando este pierde su individualidad». Cuando tuve la fortuna de contribuir como jurista y como político a la factura de la Constitución, me sentí instrumento de la «conciencia común del pueblo» y creo que el gran consenso constitucional que permitió tal empresa fue expresión de lo que von Gierke denominaba la «convicción de la comunidad».

Por eso, mi reticencia hacia la unificación supranacional del derecho. Porque, parafraseando de nuevo a Savigny, de la misma manera que sería absurdo «querer inventar un idioma», así lo es también que el ingeniero social pretenda inventar un derecho «que se extienda vigoroso y suave sobre una comunidad, al igual que el surgido de la propia tierra».

Lo que al glosar el Título Preliminar del Código Civil del que me precio ser coautor, denominé «aurora de la ley Local», esto es, la primacía de la ley del grupo social en el que el individuo realmente vive, algo avalado por la evolución del derecho positivo y la jurisprudencia, responde a este carácter. Después he insistido en la identidad al analizar la práctica comparada respecto de las minorías y los Estados exiguos, de uno de los cuales, Andorra, la más antigua y estable democracia de la Península Ibérica, soy ahora magistrado. A mi entender, lo identitario es un fenómeno emergente al que los juristas deben prestar creciente atención, aunque todavía pase por políticamente incorrecto. Porque la identidad no supone el cierre de la sociedad, como si de un retorno a la mítica Ciudad Antigua se tratara, sino de fortalecer los factores funcionales, materiales y simbólicos de integración, torrente vital del cuerpo político.

Tercero, en íntima relación con lo anterior, la afectividad, porque el derecho tutela e instrumenta no solo intereses y voluntades o, lo que es más cierto, voluntades al servicio de intereses, sino también sentimientos. De ahí, mi insistencia en la importancia de los símbolos, puesto que si los conceptos sirven para la aprehensión intelectual del objeto, los símbolos son los instrumentos para la aprehensión y manipulación de los afectos. Y de ahí, también mi insistencia en aplicar a lo jurídico la categoría kantiana de «magnitud intensiva», para expresar lo que no basta con medir, sino que es preciso poder sentir. Ello

me ha llevado a calificar ciertos derechos como «entrañables», algo que espero seguir elaborando y profundizando. Así, por ejemplo, el territorio calificado de nacional es más que el ámbito espacial de las competencias estatales y por eso, hace ya muchos años, lo califiqué de «espacio mítico». Y, saltando al derecho privado, es claro, para poner otro ejemplo al que he dedicado atención, que el derecho sobre la vivienda, ya en propiedad o arrendamiento e incluso el mero derecho de habitación, no es un derecho real equiparable a la propiedad de solares o de valores cotizables en bolsa. Ni los contratos de servicios que la vivienda genera son homologables a los que no se articulan en torno al hogar. Si los juristas no somos capaces de tematizar y categorizar como entrañables tales realidades, ni nuestra práctica será eficaz ni nuestras doctrinas ciertas.

Ahora bien, si la facticidad del derecho, es decir, su consideración como «ser» y no como mero «deber ser», constituye la característica común de todo verdadero positivismo, temporalidad, identidad y afectividad son, al decir de Meinecke, las piedras angulares del historicismo. Por ello, el positivismo al que me ha llevado, no la especulación doctrinal, sino la práctica, es el positivismo de la Escuela Histórica cuyos valores esenciales creo debieran ser rescatados y reconstruidos a la altura que nuestro tiempo requiere. Los de la primera Escuela Histórica, que valoraba el «espíritu del pueblo», expresado en las diferentes identidades nacionales, las lenguas propias y los derechos autóctonos, extremos todos ellos a los que he dedicado atención y que en la hora de la globalización son indispensable salvaguarda de la talla humana de las relaciones sociales, esto es, del verdadero humanismo. Y los de la Nueva Escuela Histórica, la que valora la finalidad de las normas y a su consecución somete la utilización de las categorías.

En efecto, mi personal «lucha por el derecho» –todo jurista, cual Neftalí, ha de librar la suya propia– ha consistido en buscar su realidad más allá del espíritu de geometría propugnado por todo formalismo, en términos a veces literalmente idénticos, desde Grocio hasta Kelsen. Una realidad que, si puede y debe categorizarse, no debe someterse a la rigidez de las categorías, como el cuerpo de un condenado al torturante lecho de Procusto, sino que exige categorías a su medida, sea flexibilizando las antiguas, sea generando otras nuevas. Una realidad que, por su índole teleológica, exige, ante todo, pragmatismo, de manera que, a mi entender, lo importante es el fin a determinar y procurar y para cuya consecución las categorías y argumentaciones lógicas son herramientas tan útiles como accesorias, que lo demás se dará de añadidura. Por ello, a la hora de interpretar la Constitución y de distinguir sus buenos y malos usos, he atendido, más que a las categorías de la teoría de la Constitución, al «telos» constitucional de integración, no solo democrática sino «demôoncratica».

Al tiempo de analizar sus conceptos fundamentales, como es el de «soberanía», no he dudado de conectarlos con la realidad a tutelar, a mi juicio, la identidad del respectivo cuerpo político. Y, cuando he creído que la realidad vital del derecho exigía nuevas formulaciones, he osado acuñar o resucitar, ya nuevas, ya olvidadas categorías, como es el caso de la de «fragmentos de Estado» o la de «pactismo».

¿Supone tal actitud renunciar al imperativo racionalizador propio del derecho? Creo que no. Antes bien, supone buscar, más allá de la disyuntiva entre vitalismo y racionalismo, una racionalidad más amplia, como la propugnada por el raciovitalismo orteguiano, capaz de dar cuenta de esa realidad, por temporal, no permanente, por identitaria, no generalizable, por afectiva, no cuantitativa y que, por lo tanto, excede los moldes de la racionalidad racionalista con pretensiones de permanencia, universalidad y matemática exactitud.

2. CONSTITUCIONALISMO Y NACIONALISMO

El derecho constitucional puede ser concebido de varias maneras sobre las cuales no es éste el momento de teorizar. Pero baste señalar que históricamente el constitucionalismo moderno ha sido función del nacionalismo.

La historia de las formas políticas en los últimos doscientos años demuestra la constante vinculación entre la universalización de la constitución escrita, esto es, la más depurada versión de la constitución formal entendida como racionalización del poder, y la difusión del nacionalismo como racionalización de la comunidad política.

Con ello se demuestra que, de los diversos sentidos que la Constitución tiene, el primordial es servir de pauta al proceso fundamental de la dinámica del Estado que Rudolf Smend llamó integración. El nacionalismo es un integrador fundamental, y la Constitución es su herramienta.

No cabe abordar en estas breves páginas qué es la Nación. Más allá de las concepciones puramente objetivas que la identifican con la raza, la lengua, la religión o cualesquiera otros factores materiales de integración, y de las concepciones subjetivistas que la reducen a una voluntad de vivir juntos, creo que la Nación es el correlato noemático de la conciencia nacional que es su polo noético. En cuya virtud o a cuya luz, elementos muy diversos –recuerdos y proyectos, creencias y costumbres, instituciones y recetas de cocina– se convierten en factores de integración, como demostrara Shaffer. Existe Nación allí donde un pueblo adquiere conciencia de su identidad y la despliega como voluntad de ser, autodefiniéndose primero, autodelimitándose después, autodeterminándose, en fin. La Nación supone el acceso a una forma superior de vida, la vida política, mediante una permanente integración: el plebiscito cotidiano.

Y si la Nación es el correlato de la conciencia nacional el nacionalismo es el fermento de dicha conciencia. Y eso es lo importante, no un partido o

formación política. En efecto, de las múltiples descripciones y definiciones que del nacionalismo se han dado resulta un común denominador. Se trata de un movimiento de integración política, protagonizado por una minoría, desarraigada de la cultura tradicional y que ha asumido valores «modernos», que toma conciencia de pertenecer a una comunidad diferente y que propaga esa conciencia en el seno de dicha comunidad. Cuando la conciencia nacional está suficientemente desarrollada, no hay un nacionalismo reivindicativo y políticamente articulado, sino un nacionalismo difuso aunque no menos firme. En la India de ayer, el Congreso encarnaba el nacionalismo; hoy todas las fuerzas políticas son nacionalistas e, incluso, el partido nacionalista es rival victorioso del Congreso.

El nacionalismo tiene hoy y especialmente en España pero incluso en Francia «mala prensa» y resulta políticamente correcto calificarlo de retrógado, superado y peligroso. Pero lo cierto es que, guste o no, para bien o para mal, el siglo del nacionalismo que pareció ser el pasado XIX, lo ha sido el presente XX y a mi juicio va a serlo aun más el XXI. Lo fue el XIX cuando el nacionalismo apareció íntimamente vinculado a los movimientos liberales, especialmente en Centroeuropa, esto es, a lo que entonces era la modernización política. Lo ha sido y es durante el siglo XX porque el proceso de modernización se ha extendido a Asia y África a través de la constitución de Estados nacionales cuya solidaridad nacional sustenta un sistema político que pretende ser democrático. Y todo permite pensar que la «glorificación de las naciones» –título con el cual Hélène Carrère d'Encausse describe el mundo post-soviético– va a ser la característica del siglo XXI. Los Estados Unidos, Rusia, India o Japón son extremadamente nacionalistas en sus actitudes. Lo son las principales potencias europeas, como demuestra su reticencia frente a los intentos supranacionales de la UE y nacionalista parece ser el despertar de China. Por ello, cuando menos, es preciso aproximarse sin prejuicios a tan importante fenómeno histórico, y no juzgarlo por sus manifestaciones patógenas, como la violencia, la xenofobia o el imperialismo, sino por sus características sustanciales. Ahora bien, dichas características lo asocian estrechamente a la modernidad.

Qué haya de entenderse por «moderno», «modernidad» y «modernización» en política no es asunto claro y tanto menos cuanto más frecuente ha llegado a ser el uso de tales vocablos, hasta el punto de que un experto en la cuestión, Lapalombara, ha tildado de equívoco el término y ambiguo el concepto que tras él se supone subyace. Pero ciertamente que, cuando menos, parece que «moderno» se opone, en la sociología y la ciencia política postweberiana, a «tradicional». Así resulta de todas las tipologías acuñadas por la ciencia política norteamericana, heredera de Weber a través de Parsons.

Ahora bien, frente a la sociedad «tradicional», caracterizada, según decía Varagnac, por la estabilidad de las situaciones, la movilidad social aparece como lo propio de la modernidad en cuanto categoría, sea atendiendo, como hace Deutch, a indicadores demográficos y de comunicación, a la estructura económica industrial, como propone Sutton, al grado de desarrollo, según Binder, aunque este concepto no sea, por cierto, menos ambiguo, o al laicismo, cientismo e igualitarismo de Shelley. Los grandes teóricos de la noción de desarrollo político como Almond y Coleman han utilizado todos estos indicadores para caracterizar el proceso de modernización política. De ahí que pueda decirse que la modernidad social y política es, cuando menos, concurrencia y movilidad, esto es, pluralismo, mercado y democracia. Pero es claro que este orden por concurrencia no ha surgido sin el estrato protector de un orden por dominación que es el Estado titular de la soberanía política. Sin el Estado no hay mercado o como sugeriría el título utilizado por un gran historiador español, don Ramón Carande, en *Sevilla, Fortaleza y Mercado* y, por ello, el proceso de modernización política ha consistido, de hecho, en la construcción de Estados, primero en Europa, después en América, más tarde en el resto del planeta. La forma de la modernidad política es la estatalidad. Y sin esa racionalidad política no se da la racionalidad económica, utilizando el término en el sentido que le diera Weber.

Ahora bien, ni el orden por dominación que es el Estado ni el orden por concurrencia que es el mercado se bastan a sí mismos. El primero plantea el problema de su legitimidad, cuyas soluciones el propio Weber sintetizara en una genial y famosa trilogía. Pero si la legitimidad carismática y la legitimidad tradicional subsisten por sí, la legitimidad legal-racional propia del Estado moderno requiere, a su vez, otra instancia legitimadora capaz de convertir la voluntad de la mayoría en voluntad general y el mando de algunos en representación de la totalidad. Y, a su vez, el mercado, esto es, la concurrencia, requiere una instancia que ponga límites y modere el conflicto, de manera que el combate entre enemigos se convierta en certamen amistoso. Precisamente lo que Cicerón denominaba «concordia». Sin esa concordia básica no existe posible concurrencia en lo económico tanto como en lo social o en lo político.

De ahí que la modernidad suponga, junto al orden por dominación que es el Estado y el orden por concurrencia que es el mercado, lo que Javier Conde llamó un tercer orden por comunión que legitima el primero y posibilita el segundo. Y ese orden por comunión que es el cuerpo político, el *body politic* de los anglosajones, es hoy día la Nación. Por ello la modernidad es nacional y, políticamente, la modernización del mundo ha consistido en la sustitución

de los imperios por las naciones. Rupert Emerson dedicó a la cuestión una obra para mí seminal y, a la vez, difícilmente superable: *From Empire to Nations* (Cambridge, Mass., 1960).

Sólo sobre esa base y la solidaridad y homogeneidad fundamental que implica es posible la democracia. Cuando todos se sienten miembros de un solo cuerpo la mayoría representa a la minoría y ésta se sabe representada por aquélla. Cuando dicha solidaridad y homogeneidad básica no se da, la democracia no decanta una voluntad que pueda calificarse de general sino que provoca la secesión. Así lo demuestra la experiencia reciente de aquellas comunidades nacionales homogéneas donde la democratización ha provocado un proceso de «recuperación de la identidad nacional» (casos de Hungría y Polonia), esto es, una más intensa integración y, a *sensu contrario* de aquellas otras donde la democratización ha llevado a la secesión (casos de URSS, Yugoslavia y Checoslovaquia).

¿Cómo surge el nacionalismo?

Para comenzar, *el nacionalismo es una reacción frente a la erosión de la sociedad tradicional.* Más aún, cuando ésta se ve por primera vez amenazada, reacciona en términos no nacionalistas, sino casticistas o tradicionalistas, y es sólo al entrar en quiebra sus estructuras fundamentales cuando aparece el nacionalismo. Así, por ejemplo, no hay nacionalismo alemán propiamente dicho hasta la desaparición de la venerable estructura imperial a través de la experiencia napoleónica, el moderno nacionalismo francés surge con la ruptura de la sociedad tradicional a lo largo del Segundo Imperio que tantas nostalgias provocara en Renan y, para buscar ejemplos más remotos, el nacionalismo indio es fruto de la modernización provocada por el Raj británico y el negro africano es producto de las revoluciones que la explotación colonial supone. Es el cacao el que mata la familia, decían en Ghana, lo que ha permitido que, frente a las viejas solidaridades tribales, se afirme la nueva solidaridad nacional. La modernización destruye un tipo de sociedad y desenraiza; la nación y su motor el nacionalismo proporcionan una nueva forma de identificación colectiva y de legitimación de la autoridad.

Tal vez ésta sea una de las claves para explicar la anomalía española, donde sólo en las regiones más tempranamente modernizadas, sobre todo Cataluña, surge una conciencia nacionalista, mientras que escasea un nacionalismo gran español. La «patria mayor» que propugnara, por ejemplo, un conser-

vador regeneracionista como Sánchez de Toca, carecía de la base social que, por el contrario, sí tenían los furores agraristas de la meseta castellana.

Por eso, en segundo lugar, el nacionalismo, aun cuando puede recurrir a símbolos del pasado, no es arcaizante e, incluso, su utilización de la tradición supone, en expresión de Hobsbawm, una «invención de la tradición». Los nacionalistas alemanes o franceses –ni siquiera Maurras– no querían una vuelta al Antiguo Régimen, los nacionalistas chinos destruyeron el régimen imperial para salvar a China del peligro extranjero, el nacionalismo indio nada tiene que ver con el motín de los cipayos de 1851 ni el gahanés con la resistencia de los jefes ashanti en la Costa de Oro. Al contrario, todos *los nacionalismos suponen* un, *proceso de identificación con un modelo exterior que se estima mejor* y ello supone la antítesis del casticismo.

Así, en la génesis del nacionalismo alemán puede distinguirse una línea de identificación con Gran Bretaña y de recepción de su pensamiento conservador –de ahí la gran influencia de Burke sobre el romanticismo político prenacionalista alemán– y otra línea de identificación con la Francia napoleónica y recepción de sus valores. El proceso es aún más claro en el nacionalismo francés posterior a 1870 que toma como modelo la Alemania bismarkiana, como revelan los nombres de Taine y de Renan entre otros. «La reforma moral e intelectual de Francia» sería un proceso de identificación con lo que se estima mejor aun siendo exterior. Y todo el nacionalismo americano, asiático y africano es fruto de la recepción de los valores occidentales. Los Meiji, Sun-Yat-Sen, Ataturk, Nehru, Ho-Chi-Min o Senghor, desde muy diferentes perspectivas, son modernizadores y occidentalizadores –porque el marxismo también lo es– no casticistas. Como ha señalado el gran Díez del Corral el nacionalismo extraeuropeo es fruto de una «Europa raptada».

Por último, *el nacionalismo es un agente de modernización política,* al menos, en tres planos. Primero, porque *racionaliza el poder y* la política en general al reconducirlos a la Nación como última instancia. La trascendencia de lo sagrado, la ejemplaridad del carisma, el peso de la tradición, todo eso, si no se niega, se subsume en la Nación, instancia inmanente histórica y empírica.

Segundo, porque como dijera Menheim *democratiza el poder al legitimarlo* sobre una base estrictamente nacional. Sin duda podrá haber formas nacionales escasamente democráticas. Pero su carácter nacional ya es un paso por la vía de la democratización. Sin duda, el checo Palacky no era un demócrata, pero su reivindicación de los derechos de Bohemia, como entidad histórica, frente a la autoridad imperial, sí suponía legitimar el poder sobre una base comunitaria que, a su vez, ofrecía el marco para una ulterior democratización. Y los ejemplos podrían multiplicarse. Por eso el nacionalismo aparece en Europa vincu-

lado al liberalismo como afirmación de los derechos ciudadanos, entre otros, el de legitimar el poder y participar en él. Y, por doquier, en Europa y fuera de ella, la dinámica nacionalista ha sido profundamente igualitarista y anti-aristrocratizante. A demostrarlo empíricamente dediqué un largo capítulo de mi ya vieja tesis doctoral titulada *Nacionalismo y Constitucionalismo* (Madrid, 1971).

Tercero, el nacionalismo, al acentuar la integración de un cuerpo político, la Nación, reclama la igualdad de todos sus miembros y la solidaridad entre todos ellos. Las jerarquías políticas y sociales se diluyen en una sola comunidad nacional y la pertenencia a ésta da títulos para exigir no ser marginado por el juego libre de la concurrencia. De ahí el efecto necesariamente socializador del nacionalismo y su oposición a un liberalismo radical. No se trata de proteccionismo, sino de que ciertos bienes públicos, más aún, ciertos valores y, desde luego, la propia identidad nacional y lo que para su salvaguarda sea necesario, quedan más allá de la oferta y la demanda».

El nacionalismo aparece así como movimiento de racionalización de la sociedad y, por ello, su exigencia primaria se expresó en el establecimiento de un Estado y, desde la India de Tilak a los primeros «destourianos» de Túnez, en la reivindicación constitucional. Esta función nacionalismo-constitucionalismo ha sido una constante, y su estructura podría analizarse desde los albores de ambos fenómenos en el siglo XVIII, pasando por el liberalismo decimonónico y *Las modernas constitucionales del mundo»,* hasta la floración de textos constitucionales y el triunfo nacionalista en el círculo de Estados descolonizados.

3. LA RECEPCIÓN: EL ELEMENTO GERMÁNICO EN EL MODERNO CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Pocos días después de comenzar mis estudios de derecho en la Facultad madrileña en el curso 1957-1958, Pérez-Prendes, entonces joven profesor ayudante de historia del derecho en la cátedra de Torres López, me presto el libro del venerable Hinojosa sobre *El elemento germánico en el derecho español* (1915) y me recomendó su lectura. Lo hizo con la pasión que le era característica y yo quedé prendado para siempre del tema y del talante que el docto texto traslucía. Aquello fue determinante en mi vida intelectual y, por eso, creo adecuado, como póstumo homenaje al muy querido amigo que tuteló mis primeros pasos en la Universidad, esbozar modestamente, en la senda trazada por el viejo patrón de la materia, las líneas maestras de la influencia del constitucionalismo germánico, tanto de sus textos positivos como doctrinales, en el moderno constitucionalismo español. Una influencia que ha ido en aumento, invirtiendo la anterior dinámica según la cual eran los autores españoles e incluso la Constitución de Cádiz, los que, para bien o para mal, tuvieron influencia allende el Rhin (1).

1. GERMANISMO VS. DOCTRINARISMO

Desde sus albores a comienzos del siglo XIX hasta muy entrada la centuria, constituyentes y constitucionalistas españoles, perdiendo la originalidad que habían mostrado durante el Antiguo Régimen, dependieron casi exclusivamente de modelos extranjeros, principalmente franceses en un principio y, mucho más tarde, alemanes. Se trata de un caso paradigmático de recepción doctrinal e incluso normativa, categorías que hace años acuñé y analicé y a las que ahora me remito (2). Recepción caracterizada porque los modelos recibidos desem-

peñan una función política inversa a las que tuvieron en su país de origen. La influencia francesa, de raíz revolucionaria, se muestra, superado el «momento gaditano» (3), conservadora en España; mientas la alemana que, desde la recepción de Burke a través de von Gentz y sobre todo del conservadurismo luterano posterior a 1851, era de tendencia fundamentalmente conservadora y autoritaria, ha tenido por lo general, en España, efectos liberalizadores.

Si la Constitución española de 1812 siguió fielmente la francesa de 1791, raíz de toda una estirpe constitucional calificable de revolucionaria (4), su segunda generación de exégetas, los llamados «doceañistas» frente los «exaltados», fueron mucho más moderados que el propio texto gaditano e, incluso, propugnaron su reforma. Iniciaron así la fase doctrinaria de nuestro constitucionalismo, trasunto del doctrinarismo francés como en su día mostrara Luis Díez del Corral (5), tanto en el pensamiento político como en los textos constitucionales, desde el Estatuto Real de 1834 y sus frustrados intentos de revisión en adelante.

Fue sin duda lamentable que los doctrinarios españoles solamente conocieran el magisterio de los franceses, porque la versión germánica del doctrinarismo, por ejemplo el austriaco Adrian von Werburg, entre otros (6), y su elaboración categorial de las entidades histórico-políticas de la Monarquía habsburguesa podrían haber sido de grande utilidad en España a la hora de insertar la vieja foralidad en el moderno constitucionalismo. Máxime cuando el propio concepto de derechos históricos, invocados por el nacionalismo vasco, traducción del *Historische Staatsrecht* después consagrado en la vigente Constitución de 1978, procede de aquellas latitudes, aunque recibido a través del irredentismo irlandés, hasta 1916 en gran medida favorable a seguir el ejemplo de la doble monarquía danubiana (7).

En principio parece que el desconocimiento del doctrinarismo austriaco se debiera a dificultades lingüísticas de los españoles. El ensayo de Juretschke (8) sobre la influencia cultural alemana en el siglo XIX español abunda en testimonios sobre el carácter indirecto de dicha influencia y es a través de los doctrinarios franceses y aun de autores italianos como los españoles de la época conocen los clásicos del gran idealismo alemán. Quienes han estudiado el ingrediente historicista de nuestro constitucionalismo, valga por todos el nombre y la importante obra de Varela Suances-Carpegna (9), con razón no lo han vinculado a influencia germánica alguna, sino a la herencia jovellanista.

En oposición al doctrinarismo filofrancés, la influencia germánica en España, cuyo panorama general trazó magistralmente el propio Pérez-Prendes (10), se inicia con la recepción de la filosofía de Krause, heredera o mejor legataria del gran idealismo alemán, que merced al tenaz magisterio de Sanz

del Río renueva el panorama cultural español y afecta muy mucho al derecho público. Especialmente a través del *Cours de Droit Naturel ou de philosophie du Droit, fit d'apres l'etat actuel de cette science en Allemagne* (Bruselas 1838) de H. Ahrens traducido al español en 1841.

Cualquiera que fuese el talante inicial del krausismo, cuestión sometida a discusión (11), ciertamente su versión española, el «krausismo españolizado» que dijera Unamuno y ponderara su brillante epígono Adolfo Posada (12), inspiró un humanismo liberal de connotaciones organicistas, como expuso Reus Bahamonde en su *Teoría Orgánica del Estado* (1880), un claro ingrediente socializante (13) y un indiscutible impacto modernizador.

El krausismo, como «filosofía de la libertad» se desarrolla en España al hilo de la «excitación política del constitucionalismo» y si, a través de Gierke y de Preuss es posible ver alguna influencia suya en la constitución de Weimar (14), es claro que la tuvo en la española de 1869 e incluso en la idea canovista del Senado, que no se desarrolló después (15). Sin embargo no es menos cierto que los constituyentes de 1868 se orientaron, hacia modelos anglosajones, modelos que siempre tuvieron vigencia en el krausismo español. Esta aparente paradoja no carece de cierta lógica, porque las ideas propias del krausismo, que bien podían haber complacido a Möser, no tenían su correlato en el constitucionalismo postrevolucionario alemán. Y si los anglosajones nunca las tomaron en cuenta, ciertamente el espíritu de sus instituciones estaba menos alejado que el de las germánicas de *El Ideal de la Humanidad para la vida,* obra capital de Krause, reelaborada en español, más que traducida, por Sanz del Rio (Madrid, 1860).

En cualquier caso, las obras doctrinales más representativas del derecho público de la Restauración alfonsina responden a los presupuestos krausistas. Primero, el *Curso de Derecho Político* de Santamaría de Paredes (Madrid, 1882), reiteradamente editado y después el *Curso de Derecho Político* de Posada (Madrid, 1893-1894), sobre las bases iusfilosóficas expuestas más adelante en su *Idea Pura del Estado* (Madrid 1944).

A comienzos del siglo xx, Alemania sustituye a Francia como meca cultural de los, con razón, llamados «educadores de la España moderna», capaces de beber en fuentes tan ricas y sabrosas como de diferente orientación política. Así, La *Teoría General del Estado* (1900) de Jellinek se traduce en 1914 por Fernando de los Ríos, exponente de la convergencia entre krausismo y socialismo; la *Teoría General del Derecho* de Kelsen (1925) por Legaz en 1932, seguida de un profundo estudio crítico; *La defensa de la Constitución* de Schmitt en 1931 por Sánchez Sarto; y, por Ayala en 1934, la *Teoría de la Constitución* del mismo Schmitt (1928), autor al que Legaz dedicó sus fervores.

A Alemania fueron los más distinguidos profesores bajo la orientación de José Castillejo, piloto en este campo de la Junta para Ampliación de Estudios. La ciencia del momento era germánica, dirá Ortega.

Paralelamente, la profunda recepción del krausismo en España tuvo un efecto no querido: impedir el desarrollo de un derecho público semejante al de otros países europeos. La preferencia dada por Krause y sus seguidores a la filosofía jurídica como clave del conocimiento del derecho –sin ella, decían, se podrá ser legista, no jurisconsulto– llevó a una oposición al positivismo jurídico del que son buena prueba los *Principios de Derecho Natural* de Giner (1874) y, los artículos de Azcárate sobre *El positivismo y la civilización* publicados en la *Revista Contemporánea* en 1876 (IV, II, p. 230 y ss., en especial (vol. IV p. 286 y ss.). Ello llevó a la construcción de un derecho político, más reivindicativo que analítico, ajeno a la realidad jurídica y propenso a las consideraciones éticas y sociológicas como muestra el enciclopédico *Curso* de Posada atrás citado. Las instituciones políticas y, sobre todo administrativas, no fueron analizadas y, menos aún, dogmáticamente construidas, sino meramente descritas. La separación, en 1900, de las cátedras de derecho administrativo de las de derecho político expresa bien esta escisión metodológica que condenó para muchos años el derecho político a la vaciedad jurídica y, pese a intentos valiosos, retrasó hasta época bien reciente, la construcción de un derecho administrativo semejante al que ya en aquellos años se construía en Francia, Alemania e Italia. Aun así, en la España del injusta y frívolamente criticado Royo Vilanova (1909), como en la Alemania de Otto Mayer según señala Stolleis (16), el derecho administrativo consiguió ser, en un contexto autoritario, escuela de ciudadanía, fenómeno que se repetirá aquende los Pirineos a partir de los años cincuenta del pasado siglo.

Influencia menor pero muy significativa fue la de Stahl en Enrique Gil Robles y su *Tratado de Derecho Político según los principios de la filosofía y del derecho cristianos* (Salamanca 1890-1901), prueba del arcaísmo doctrinal de la derecha tradicionalista española, excepción hecha del ingenio de Vázquez de Mella.

Coincidiendo con la crisis de la restauración alfonsina tiene lugar la recepción de cinco importantes elementos del constitucionalismo germánico en el proyecto constitucional de Primo de Rivera de 1929, intento de superar el doctrinarismo y que, sin embargo, se incrusta y convive con él. Primero, el organicismo krausista y regeneracionista engarza con el tradicionalismo representado en la Asamblea Consultiva por Víctor Pradera y ambos coinciden con el corporativismo puesto de moda por el fascismo italiano (17). Segundo, el art. 28 del proyecto es un eco, sin duda un tanto retórico, del constitucionalismo so-

cial de Weimar, a su vez más nominal que normativo. Tercero, la soberanía del Estado, propugnada por Jellinek, como negación de la soberanía popular. Cuarto, la idea de «monarquía constitucional» como «monarquía limitada» frente a la versión parlamentaria, es de filiación alemana y así fue señalado por su propios defensores (18). Por último, todo ello se da en un ambiente favorable al fortalecimiento del ejecutivo (19) cuya primera manifestación se encuentra en la Constitución alemana de 1919 y, más todavía, en su práctica favorable al poder presidencial, si bien en las *Actas* de la Asamblea no se la menciona.

2. EL ESPÍRITU DE WEIMAR

Los constituyentes españoles de 1931 dijeron inspirarse fundamentalmente en tres constituciones madres: mexicana de 1917, soviética de 1924 y alemana de 1919 (20) que, efectivamente, inauguran lo que se ha denominado constitucionalismo social. Pero en realidad el principal modelo es el texto alemán, cuyo germanismo avala su principal autor, Preuss, fiel a la inspiración de von Gierke. A ello hay que añadir otras fuentes filogermánicas, las constituciones austriaca y checoeslovaca, ambas inspiradas por Kelsen. Así lo puso de relieve Pérez Serrano en su comentario a la nueva constitución española (21) y así lo atestiguan las numerosas referencias a Weimar en los *Diarios de Sesiones*. La traducción del texto alemán y de su comentario sistemático por Ottmar Bühler (1931) y la oportuna publicación por de Luis Ortiz del repertorio *Los Problemas del Día en las Constituciones extranjeras* ayudaron eficazmente a ello.

Sin embargo, más importante que las numerosas trasposiciones e imitaciones textuales es su raíz: la recepción de la elaboración doctrinal de lo que el gran comparatista Boris Mirkine Guetzevitch denominaría en 1932 *Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional,* un esbozo de las cuales había sido traducido al español durante lo trabajos de las Constituyentes (22). La amistad de Mirkine con los constitucionalistas españoles, desde finales de la década anterior, principal aunque no solamente con Posada, de la que queda un rastro epistolar digno de investigarse, explica la influencia de su obra hasta el punto de considerar la Constitución española como la perfecta comprobación empírica de sus tesis: soberanía del pueblo, monocameralismo, parlamentarismo, derechos sociales, técnicas de democracia directa, autonomización territorial, justicia constitucional, derecho constitucional de la paz, todo ello construido mediante una racionalización jurídica del poder y la política. Tales tendencias se dan en el texto español de 1931, alguna como la autonomía territorial más tímidamente; otras, como las normas constitucionales de derecho internacional, con especial fecundidad (23).

La Constitución de Weimar era el origen de dichas «nuevas tendencias» y de la atmósfera doctrinal así creada a la cual, aunque difundida en francés, puede aplicarse el calificativo de «espíritu de Weimar» cuya influencia se extiende a lo largo de toda Europa.

Sobre ese telón doctrinal, la Constitución alemana estuvo siempre presente en la obra de 1931, incluso a la hora de rechazar sus opciones, por ejemplo, la elección del Jefe del Estado por sufragio universal (24) y las trasposiciones textuales son numerosas.

En cuanto al Título Primero, «De la Organización Nacional», los arts. 7, 9, 20 y 21 españoles se corresponden, casi literalmente a los 1, 127, 14 y 13 respectivamente del texto alemán y los artículos 14 y 15 del primero se inspiran en los articulo 7 a 10, 14 y 15 del segundo. En el Título segundo sobre «Derechos y deberes de los españoles», las correspondencias son aun mayores. Así el 25 español con el 109 alemán, el 41 con el 129, el 43 con los 119,120 y 121 alemanes, el 44 con los 153 a 156, el 46 con los 157 a 163, el 47 con el 155, el 48 con los 142 a 149. En cuanto a la parte orgánica, los artículos 53, 58, 62, 63, y 66 españoles relativos a las Cortes, penden, respectivamente, de los artículos 21, 23 y 24, 35, 33, 73 y 75 alemanes. La organización de la presidencia de la República, sigue, atenuándolo por influencia checa, el modelo de Weimar en los artículos 67, 69, 76, 80 81, 82, 85 que penden respectivamente de los arts. 41, 45,46 y 48, 25, 43 52 a 56 alemanes. En cuanto al Gobierno, los artículos 86, 87, 91 y 92 del texto español muestran la influencia de los artículos 52, 56, 91 y 92 del alemán. La organización de la justicia siguió, tanto en Alemania como en España, sus respectivas pautas tradicionales y por ello la recepción parece limitarse a la supresión de la jurisdicción militar en el artículo 106 alemán por el art. 95 español.

Mención aparte merece la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales que responde a la idea kelseniana de justicia constitucional y que es un hito relevante en la configuración europea de dicho sistema (25). Los constituyentes españoles conocieron los ejemplos austriaco y checoeslovaco y, según Pérez Serrano (26), el del Tribunal de Conflictos francés y el Tribunal de Estado alemán (jurisdicción contenciosa). Pero la redacción del art. 121 español muestra la influencia de la ley alemana de 9 de julio de 1921 (RGB, I, p. 905) que desarrolló el escueto art. 108 de la constitución de 1919.

3. POSTDAM Y MÁS ALLÁ

El «espíritu de Postdam» ha sido torticeramente opuesto al espíritu de Weimar por quienes prostituyeron la grande herencia prusiana. Es lo que Ortega

ya intuyó, en dos textos proféticos de 1908 y 1924, al distinguir entre «las dos Alemanias»: la de los filósofos y la de los filisteos (27). Una y otra se hicieron presentes en el pensamiento jurídico español a través de los becarios españoles en Universidades alemanas, atrás mencionados y de visitas oficiales e inmigraciones complacientes de ilustres juristas alemanes a España. Si Herman Heller se exilió y enseñó en la Universidad de Madrid hasta su muerte en 1934 y Hans Morgenthau dio cursos en 1935, Schmitt, hispanófilo desde los años 20, vino reiteradamente como huésped. Todos ellos, perseguidos y perseguidores, están lejos del espíritu de Weimar y se encuadran en la denominada literatura jurídica de crisis. Y una y otra Alemania, bajo la común etiqueta de Postdam, influyeron en el constitucionalismo español. Una de ellas, al hilo de nuestra guerra civil; la otra en las postrimerías del régimen político surgido de la contienda. Las dos, frente a lo que de sus orígenes podía esperarse, en sentido liberalizador.

Tras la designación del General Franco como Jefe del Estado, su pronto y diáfano rechazo a considerar dicha situación como provisional y su mixtión con la Jefatura Nacional de FET y de las JONS, surgió el problema de cómo calificar dicho régimen. La dictadura es por definición provisional, la diarquía fascista suponía una vinculación con la monarquía histórica, en España a la sazón rechazada por la Falange, y el nacionalsocialismo, por definición, no podía ser conceptualmente importado. ¿Cómo calificar al Estado Nuevo?

Intentarlo y en gran parte conseguirlo fue la tarea de Javier Conde, intelectual de gran envergadura, cuya influencia en la progresiva configuración del sistema autoritario no se ha valorado todavía debidamente. Conde pretendió, como en Alemania proponía Höhn, hacer tabla rasa de las interpretaciones que querían reconducir el régimen nuevo a las categorías clásicas del derecho constitucional a las que no dudó en calificar de «beatería positivista». En su lugar, insuflando categorías filosóficas heideggerianas y aun zubirianas en el derecho naciente, una ontología de las realidades histórico-sociales en el marco de una ontología existencial, propuso «dar un giro radical, de arriba a abajo, desde la metafísica» (28) que concretó en cuatro conceptos políticos, publicados entre 1939 y 1945 (29). Primero, el destino universal de un pueblo que lo convierte en Nación. Un pueblo sin fisuras internas y que, en consecuencia, podía proyectar al exterior su voluntad de Imperio, esto es «la voluntad de cumplir una empresa de alcance universal». Segundo, tarea semejante corresponde a las grandes potencias, cuya forma política, impuesta por la competencia existencial entre ellas, es el Estado totalitario. Esto es, el capaz de realizar una total movilización de la sociedad en torno a un determinado fin. Tercero, el Estado totalitario requiere la unidad de mando, esto es el caudillaje. Un caudillaje, carismático en

su origen que, al institucionalizarse, ha de optar entre la racionalidad democrática del cesarismo plebiscitario o el engarce con una tradición redescubierta, esto es, inventada. A juicio de Conde, a partir del discurso del Jefe del Estado de 6 de septiembre de 1939 ante el Consejo Nacional, discurso probablemente redactado por el propio Conde, se optó por este segundo término de la alternativa, caro a los residuos del tradicionalismo carlista, fundamental para el Régimen, sin renunciar al elemento carismático y a la racionalidad burocrática y cesarista. Cuarto, el caudillaje emana de la comunidad y actualiza su unidad. En ello consiste, a juicio de Conde, la esencia de la representación.

Una vez más, las ideas anuncian la realidad como, en frase de Ortega, el soplo primerizo el huracán. El caudillaje carismático explica el carácter vitalicio de la magistratura y sus competencias constituyente reconocidas en las leyes de 30 de Enero de 1938 y 8 de Agosto de 1939, conservadas hasta el último día. Su versión cesarista, la ley del Referéndum de 1945. Su engarce con el pastiche pseudotradicional, las leyes de Cortes de 1942, de Sucesión de 1946 y de Principios Fundamentales de 1958; e incluso la instrumentación de la burocracia como aparato de poder explica la construcción, a partir de 1954, de lo que se ha denominado un Estado Administrativo de Derecho.

Augur o profeta, es indudable que el despliegue institucional del régimen autoritario responde a las ideas formuladas por Javier Conde. Y es ahí donde se detecta la recepción de doctrinas alemanas. Nuestro autor se esfuerza en distinguir conceptualmente el caudillaje español del Duce fascista y de la Führung nacionalsocialista, por su origen, bélico en España y legal en Italia y Alemania, y por su legitimación, inmanente en esos dos casos –el espíritu del pueblo y la nación respectivamente– y transcendente en el primero –la lúcida (sic) prosecución de un destino–. Pero lo cierto es que su construcción pende de fuentes filosóficas y juspublicistas germánicas. No solo en cuanto a los instrumentos analíticos, la tipología de las formas de legitimación que toma expresamente de Weber, sino en sus elementos substanciales. Así, su idea de nación, aunque de filiación joseantoniana, tiene mucho parecido con la de «pueblo político» expuesta por Hüber (30); las nociones claves de destino y decisión son netamente heideggerianas y su reelaboración jurídico-política procede de Schmitt en *Der Begriff des Politischen,* traducido al castellano por el mismo Conde; las de gran potencia, de Imperio y su correlato con el Estado totalitario, habían sido elaboradas por el propio Schmitt (31) y Dakalakis (32); la idea de representación como emanación espontánea es típica del citado Hüber y de Heller; y la valoración de la burocracia como instrumento racional de mando está en Weidemann (33).

¿Supone esto una desvalorización de la obra intelectual de Conde? En modo alguno. Su correspondencia cuando no incidencia en la realidad atrás destacada ya bastaría para acreditar su importancia; pero, además, las ideas recibidas se reelaboran, con inusitada brillantez. Se latinizan –no en balde propone a Eneas y no a Odín como héroe paradigmático del caudillaje (34) y se ponen al servicio de un poder orientado hacia la institucionalización jurídica en vez de al «ocultamiento en el torbellino», como correspondería al Ser heideggeriano que late tras la práctica de la Führung. La institucionalización del autoritarismo para dejar todo «atado y bien atado», paradójicamente facilitó su pacífica superación «de la ley a la ley».

En efecto, la institucionalización política del régimen autoritario surgido de la guerra civil culmina con la Ley Orgánica del Estado de 1966 cuyos redactores, a más de otras influencias, tuvieron muy presente el proyecto atrás mencionado de 1929 en el que ya detectamos influencias germánicas. Pero lo más importante es que la escasa doctrina jurídico-constitucional española construida a partir de dicha Ley Fundamental se remitió al constitucionalismo alemán anterior a 1918 aunque con intenciones políticas diferentes, ya para consolidar el régimen autoritario, ya para superarlo.

Los primeros no dudaron en señalar el precedente germánico de la monarquía limitada (35) e incluso mencionaron expresamente el Principio Monárquico característico del *Konstitutionellerecht* (36), si bien, siguiendo el precedente de 1929, trataron de condicionar las competencias regias a través de un Consejo del Reino de composición oligárquica, insinuando un a modo de parlamentarismo [37].

Pero el mismo Principio Monárquico que en la Alemania decimonónica había servido para superar la concepción patrimonial al hacer soberano al Estado –como siguiendo a Jellinek afirmaba Fernández Miranda (38)– y convertir al príncipe en un órgano, sin duda central, del mismo (39), había de desempeñar en España una función análoga: permitir a un «Rey patriota» forzar la legalidad en el sentido que al término diera Lukács y transitar del autoritarismo a la democracia «de la ley a la ley». Así lo expuse precozmente en mi obra *El Principio Monárquico. Un estudio sobre la soberanía del Rey en las Leyes Fundamentales* (40). Propugnaba allí que al personificar el Rey la soberanía del Estado, corresponderle el poder indivisible del mismo y una supremacía jerárquica sobre el Gobierno sólo ante él responsable, cuyo refrendo expresaba un compromiso de ejecución, podía tomar la iniciativa de la reforma de las Leyes Fundamentales y forzar la necesaria aquiescencia de las Cortes mediante el recurso a un referéndum prospectivo. Las tesis de Bornhak (41) Stengel (42) y Meyer (43) servían respectivamente para argumentar los dos

primeros extremos y la interpretación plebiscitaria de la Monarquía formulada por Naumann (44) para avalar el último.

Las leyes 27 y 28 de 14 de julio de 1972 que contemplaban los diversos supuestos de sucesión, trataron de cortacircuitar las potencialidades reformistas del Principio Monárquico así formulado e interpretado. Pero dicho Principio Monárquico fue alegado por el Rey ante el Consejo del Reino en marzo de 1978 (45), se mencionó expresamente en el Informe preceptivo del Consejo Nacional de 16 de Octubre del mismo año (46), se citó por el Ministro de Justicia al cerrar en nombre del Gobierno el debate sobre el proyecto de ley «para la reforma política» (47) y su tecnificación mediante el referéndum prospectivo se incluyó en el artículo 5 de dicha Ley en relación con las normas procedimentales para su tramitación (48), como último recurso ante una eventual resistencia de las Cortes a la aprobación de la ley completa.

La efectividad práctica de dicho Principio Monárquico, su «activa provisionalidad», a la hora de dirigir y forzar la transición ha sido puesta de manifiesto por la más solvente historiografía (49).

4. EL ESPÍRITU DE BONN

Los constituyentes de 1978 tuvieron muy presente la Ley Fundamental alemana de 1949. La constitución de 1978 y su interpretación se construyeron en gran medida a partir de doctrinas jurídico-administrativas de filiación germánicas. Y son numerosas las referencias que a su texto y a su práctica se hicieron en los debates parlamentarios. Sin ser el modelo principal (50), dio lugar a transposiciones de la máxima importancia, relativas a la caracterización del Estado, a la parte dogmática y a instituciones fundamentales de la parte orgánica (51).

Tras el dramatismo de Weimar y de Postdam, Bonn y su Ley Fundamental de 1949 sugieren un pacífico y pacificador relato costumbrista dominado por lo que, con razón, se ha llamado «complejo de Weimar» (52). Esto es, a la vez que los constituyentes de la República Federal incorporaron, incluso textualmente, muchas de las instituciones y las técnicas de la Constitución de 1919, quisieron huir de lo que, a la luz de la perversión del sistema ocurrido en la década de los treinta, consideraron vicios latentes de la constitución weimariana, Por ello fortalecieron la posición de los Länder en el sistema federal declarado intangible, redujeron los poderes presidenciales, aseguraron la estabilidad parlamentaria y declararon la supremacía e intangibilidad de los derechos fundamentales garantizados por un Tribunal Constitucional de raíz kelseniana. Cada país tiene sus «demonios familiares». Y el constituyente español que reaccionaba frente al autoritarismo del régimen

anterior y el recuerdo del «inmoderado poder del poder moderador» que denunciara Ortega (53) bajo Alfonso XIII y continuó el primer Presidente de la II.ª República, combatió sus propios demonios al hilo de la demonología alemana.

Es de la Ley Fundamental alemana, aunque invirtiendo los términos, de donde procede la definición del Estado como «social y democrático, de derecho» (art. 1 cf. 20,1 GG), harto polémica en el momento constituyente.

Las partes dogmáticas de ambos textos tienen notables paralelismos. Si el español es más amplio que el alemán por insistir en los derechos sociales y recoger derechos de tercera y cuarta generación desconocidos a la hora de elaborarse la Ley Fundamental o que, aun incoados en ella, fueron desarrollados en el texto español (v.gr. arts. 73,5 y 16 GG y art. 51 CE), muchos de sus artículos parecen directamente influidos por ésta. Sin embargo, de la semejanza no puede concluirse una transposición, sino que debe explicarse atendiendo a cinco supuestos diferentes. Primero, la propia tradición constitucional española, incluso conservada en las Leyes Fundamentales del sistema autoritario. Segundo, uno y otro responden al fenómeno general de racionalización del poder desarrollado a partir de 1919. Así, por ejemplo la constitucionalización de los partidos en el art. 21 GG y en el 6 CE. que se da en otras muchas constituciones (v.gr. art. 4 Francia 1958). Tercero, la recepción en España de la Declaración Europea de 1950, a su vez muy influida por la Ley Fundamental alemana. Cuarto, las disposiciones españolas heredadas de la Constitución de 1931 que, a su vez, las tomó del texto alemán de 1919 reiteradas por la propia GG (v.gr. arts. 78 de 1978 =62 de 1931 = 35 W =45,1 GG), a más de 157-160 de 1812. Quinto, las verdaderas transposiciones harto numerosas.

Tales son los casos muy relevantes de los artículos 10 CE y 5,1 y 33 GG, 11,2 CE y 16,2 GG, 18 CE y 10, 1 GG 23 CE y 33,2 GG, 25,3 CE y 104,2 GG, 16 CE y 4.1 GG, 27 CE y 6,2 y 7,1 GG, 28 CE y 9,3 GG, 29 CE y 17 GG, 39 CE y 6,1 GG. O el evidente, pero lejano eco del art. 12 GG en el art. 35 CE.

A mi juicio las aportaciones alemanas más importante en este campo fueron el carácter plenamente normativo de la Constitución (art. 9,1), eco directo y amplificado del art. 1,3 GG (revisado en 1956) y 20,3 GG. Sus inmediatas consecuencias fueron la constitucionalización de todo el derecho público, la consiguiente primacía y aplicación directa de los derechos fundamentales en la línea el art. 1 de la Ley para la Reforma Política de 1976, obra personal del Pfr. Meilán (art. 53,1 CE), la exigencia de su desarrollo legal y la garantía de su contenido esencial (art. 19,1 y 2 GG y 53 CE). La doctrina y la jurisprudencia han seguido las pautas del Tribunal de Karlsruhe a la hora de interpretar estos preceptos, así como para adoptar la categoría de garantía institucional (STC 32/1981), de especial utilidad para ordenar las frondosas declaraciones del Título I.

Más discutible es si la garantía judicial de los derechos y el principio de legalidad, considerada cláusula áurea del Estado de derecho (arts. 53,2 y 106,1 CE) responden al modelo alemán (art. 19,4 GG) o llegaron a la Constitución a través de la doctrina y la práctica administrativa preconstitucional, confirmando así lo antes dicho sobre la función pedagógica y liberalizadora del derecho administrativo y de sus cultivadores (54).

Como es sabido, la Ley Fundamental es en principio neutral en cuanto al modelo económico se refiere, si bien la doctrina y la jurisprudencia han puesto de relieve que el mercado se deduce de una serie de derechos en ella consagrados (55). Una recepción doctrinal no bien asimilada llevó a hacer creer al Presidente Suárez que la Ley Fundamental consagraba expresamente la economía social de mercado y que así debía hacerlo nuestra Constitución como garantía frente a futuras mayorías socializantes. El resultado fue un agrio debate entre UCD y el PSOE y el abigarrado art. 38 CE y su compensación con la iniciativa pública en la economía, reconocida en el artículo 128, y ha costado no pocos esfuerzos, doctrinales más que jurisprudenciales, reconocer, tras la ambigüedad de los textos, un modelo económico para cuya constitucionalización hubiera bastado el silencio (56).

En cuanto a la parte orgánica, el texto de 1978 se aleja del de 1931 tanto como la Ley Fundamental del de 1919. Se debilitó la Jefatura el Estado, más que en el propio modelo alemán de 1949 (57), se fortaleció la Presidencia del Gobierno y racionalizó al máximo el parlamentarismo. Las principales transposiciones son tres: la moción de censura constructiva (arts. 67,1 GG y 113 CE), que ha contribuido, tanto en España como en Alemania, a una excesiva rigidez del sistema. Con mayor ambigüedad y deficiente técnica, el sistema de competencias exclusivas y concurrentes entre la Federación y los Länder que la doctrina y la jurisprudencia constitucional proyectaron sobre los términos del art. 149,1 CE y la articulación entre Estado y autonomías territoriales (VII y VIII GG y arts. 150, 153), incluida la ejecución federal (art. 37 GG y 155 CE).

En cuanto al Tribunal Constitucional, se siguió el modelo alemán, pero responde más a la inspiración austro-kelseniana que Nawiasky defendió para la Republica Federal en un principio y que terminó prosperando en gran medida tras la reforma de 1969 por influencia de los sistemas austriaco e italiano.

La reforma constitucional del 2011 modificó el art. 135 CE, para introducir la «cláusula de oro» de la estabilidad presupuestaria, siguiendo, con eurocorruptelas, el modelo alemán de los arts. 109.3 115 y 143. d/ GG. Pero, dada la extensión de la formula a través de la UE, parece una recepción más doctrinal, de las tesis de Buchanan, que normativa.

Si ciertamente el modelo alemán no fue el único que los constituyentes tuvieron presente, la doctrina lo destacó desde el primer momento. El flujo de estudiantes y estudiosos de estas materias hacia Alemania ha sido continuo, y las traducciones de constitucionalistas alemanes han sido numerosas. Una vez más se demuestra que el goticismo ha sido una constante, siempre importante y nunca excluyente, de nuestro derecho. También del constitucional.

NOTAS

(1) Dippel, «La significación de la Constitución española de 1812 para los nacientes liberalismos y constitucionalismos alemanes» en Iñurritegui y Portillo (eds.). *Constitución en España: orígenes y destino,* Madrid, 1998, p. 287 y ss.

(2) *Nacionalismo y Constitucionalismo*, Madrid, 1971, pp. 71 y ss.

(3) Portillo y Lorente (eds.), *El Momento Gaditano. La Constitución de 1812 en el Orbe hispánico,* Madrid, 2012.

(4) Herrero, *Cádiz a contrapelo,* Madrid, 2013, p. 18.

(5) *El Liberalismo Doctrinario* (1945), en *Obras Completas,* Madrid, 1998, t. I pp. 117 y ss.

(6) Cf. Redlich, *Das Osterreichische Staats und Reichsproblem,* Leipzig, 1920, I, p. 226.

(7) Herrero, *Idea de los Derechos Históricos,* Madrid, 1991, pp. 52 y ss.

(8) Juretschke, «La recepción de la cultura y la ciencia alemana en España durante la época romántica» *Estudios Románticos*(Casa Museo Zorrilla de Valladolid), 1975, pp. 63 y ss.

(9) Varela y Suárez Carpegna, *Política y Constitución en España, (1808-1978),* Madrid, 2007, pp. 417 y ss.

(10) «Ein Urbarium. Algunas consideraciones sobre las relaciones entre la ciencia jurídica alemana y la española hasta mediados del siglo xx» en Herrero y Scholz (eds.) *Las Ciencias sociales y la modernización. La Función de las Academias,* Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, p. 321 y ss. Cfr. del mismo Pérez Prendes «El influjo del krausismo en el pensamiento jurídico español» en Ureña y Álvarez Lazo (eds.) L*a actualidad del krausisimo en su contexto europeo,* Madrid, 1999, p. 187 y ss.

(11) Cf. Ureña, *Philosophie und gesellschaftliche Praxis. Wirkungen dr. Philosophie KCF Krause in Deutschland (1933-1881),* Stuttgart, 2001-2007.

(12) Cf. Posada, *Breve Historia del Krausismo Español,* Oviedo, 1981. El texto parece redactado entre 1929 y 1936.

(13) Cf. Elías Díaz, *La Filosofía Social del Krausismo,* Madrid, 1973.

(14) Cf, Posada, *Op. cit*. p. 26 y 44.

(15) *Ibid.* pp. 81 y 109 cf. Pérez Ledesma, *La Constitución de 1869,* Madrid,2010, p. 42 y ss. Una síntesis de los proyectos de reforma del Senado de inspiración krausista en Posada, *La Reforma Constitucional,* Madrid, 1931.

(16) Stolleis, «Allmeine Staatslehre und politische Wissenschaft in Deutschland des 19 jahrhunderts» en Herrero y Scholz (eds.), cit, p. 313 y ss.

(17) Cf. Morodo, «La proyección constitucional de la dictadura: la Asamblea Nacional Consultiva I» *Boletín de Ciencia Política* n.º14, 1973 p. 83 y ss.

(18) Cf. García Canales, *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera,* Madrid, 1973, p. 110.

(19) Cf. Dendias, *Le renforcement des pouvoirs du Chef de l'Etat dans la democratie parlamentaire,* Paris, 1932.

(20) Jiménez de Asúa, *El proceso histórico de la Constitución de la República Española,* Madrid, 1932, p. 47.

(21) Pérez Serrano, *La Constitución Española (8 de diciembre de 1931),* Madrid, 1933, pp. 28, 29, 134, 184, 274.

(22) *Las nuevas Constituciones del Mundo,* Madrid (Rrivadeneyra) 1931, Introducción.

(23) Mirkine Guetzevitch, *l'Espagne,* Paris, 1933, p. 54 *y El derecho constitucional internacional* trad. esp. Madrid, 1936, prólogo.

(24) Jiménez de Asúa, *Op. Cit.* p, 150.

(25) Cf. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939),* Madrid, 1987.

(26) Pérez Serrano. *Op. Cit.* p. 324.

(27) *Obras Completas,* (ed. Madrid, 2010) I, p. 133 y III, p. 703.

(28) Conde, *Introducción al Derecho Político Actual,* Madrid, 1953, p. 287.

(29) Conde, *Escritos y Fragmentos Políticos,* Madrid, 1974, I p. 351 y ss.

(30) *Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches,* Hamburgo, 1937.

(31) «Hacia el Estado Total» *Revista de Occidente* n.º 95, 1931, p. 140 y ss. «El concepto de Imperio en el Derecho Internacional» en *Revista de Estudios Políticos* n.º 1.

(32) Dakalakis «Das totale Staat als Moment des Staates» *Arch. F. Rechts-u Sozialphilosophie* Bd 31, 1937.

(33) Weidemann *Führertum in der Verwaltung,* Hamburgo, 1936.

(34) *Escritos y Fragmentos cit,* I, p. 394.

(35) Fernández Carvajal, *La Constitución Española,* Madrid, 1969.

(36) Valdeiglesias, «El Jefe del Estado en la Ley Orgánica» *Revista de Estudios Políticos,* n.º 152 1967, p. 35.

(37) Carro «Relaciones entre los altos órganos del Estado (Ensayo sobre el titulo IX de la Ley Orgánica del Estado)», *Revista de Estudios Políticos* n.º 152,1967, p. 13.

(38) Fernández Miranda, *Estado y Constitución,* Madrid, 1975.

(39) Como visión de conjunto, fin de época, cf. Hintze, «Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung» (1911) hoy recogido en *Staat und Verfassung,* Gotinga, 1962.

(40) Madrid (Edicusa) 1972.

(41) Bornhak. *Das Preussische Staatsrecht,* Friburgo, 1888, I, p. 127.

(42) Stengel, *Staatsrecht der Königreichs Preussische,* Friburgo, 1894, p. 36.

(43) Meyer, *Lehrbuch der deutschen Staatsrechts,* Leipzig, (4.ª ed.), 1895, p. 216.

(44) Nauman, *Demokratie und Kaisertum,* Berlin, 1900, (ed. Wurzburgo, 2012).

(45) «… la Ley del Referéndum Nacional, en su preámbulo es muy especifica y elocuente a este respecto al evocar el caso de que, en momentos de crisis, determinadas minorías se presenten, sin verdad, como expresión de la voluntad del pueblo. Hacer que la voluntad del pueblo se exprese de modo auténtico y desenmascarar posibles desviaciones y falseamientos es decisivo. Cobra entonces significado trascendental esta potestad del Rey de acudir al pueblo a través del referéndum» (Discurso de S. M. el Rey el 2 de Marzo de 1978; texto en *Juan Carlos I Discursos 1975- 1995* Madrid, Cortes Generales, 1998, I, 25 ss.), cf. *El Principio Monárquico. cit.* cap. III.

(46) *Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo Nacional del Movimiento en sesión celebrada el día 16 de octubre de 1976*. Puntos 4.3.b y 55. (Texto en *Boletín Oficial de las Cortes españolas 26 de Octubre de 1976*, pp. 3718-a y 37111-a, cf. *El Principio Monárquico… cit. cap. I.*

(47) *Diario de Sesiones de las Cortes,* 28 de octubre de 1976*,* cf. *El Principio Monárquico cit… cap. I.*

(48) Cf. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas,* 21 de octubre de 1976, texto regulador del procedimiento de urgencia, artículo 9 y 10. La no inclusión de estos artículos en el subsiguiente Reglamento Provisional muestra la excepcionalidad del caso.

(49) Cf. Palacio Attard, *Juan Carlos I y el advenimiento de la Democracia,* Madrid, 1989.

(50) Herrero, «Les sources etrangères de la constitution», *Pouvoirs l'Espagne,* n.º 8, 1978, p. 4 y ss. Addenda de esta edición. En el trabajo un tanto primerizo, donde los recuerdos personales del ponente constitucional se mezclan en exceso con la erudicción textual se señalan con toda objetividad otras influencias paralelas a la germánica. Así, la mención de las nacionalidades en el artículo segundo, para responder a las demandas del nacionalismo catalán se inspiran no en las constituciones del círculo socialista, que ciertamente los ponentes socialista (Peces Barba) y comunista (Solé) no conocían, sino en el informe Killbrandon sobre la «devolution» a Escocia y Gales de 1973 (Cmnd 5460, I, página XXXII). Y la ley húngara 30 de 1868, artículos 45, 60 y 61 (Steindach, *Die ungarischen verfassungs gesetze,* segunda edición, pág 103). La parte dogmática revela importantes influencias de la italiana de 1948 (arts 3 y 22 a 35) y portuguesa (art. 16 en el art. 10), y otras menores, así griega (art 106 en el 135) y sueca (capítulo segundo, art. 5 en el art. 37.2). La distinción entre derechos y principios rectores (capítulo segundo y tercero del

título segundo) que sigue el precedente en su día innovador del sistema irlandés de 1937 inspirado en el español de 1931 llegó a través del largo camino de Birmania, (1948) e India (1950) frente al furor anticomparatista de Peces-Barba (cf. *Nacionalismo y Constitucionalismo,* p. 410).

(51) Cruz Villalón, «La recepción de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania» en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución.* Madrid,1999, p. 53 y ss.

(52) Cf. Ulrich, *Der Weimar Complex,* Gotinga, 2009.

(53) *Obras Completas*, ed.cit. I, p. 698 y ss.

(54) V. gr. García de Enterría, *Legislación Delegada y Control Judicial,* Madrid, 1970.

(55) Cf. Nipperdey, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgessetz,* Colonia, 3.ª ed. 1965.

(56) Cf. Herrero en *El Valor de la Constitución,* Barcelona, 2003, p. 203 y ss. síntesis de estudios anteriores al hilo de la polémica.

(57) Cf. Herrero *Revista de Estudios Políticos,* n.º 110 (2017), p. 26.

4. AUTOCTONÍA CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE

(Con referencia a algunos casos recientes en la historia de la descolonización)

A la memoria de mi buen amigo el doctor Saturnino lbongo

INTRODUCCIÓN

Hace ya más de un siglo la Teoría General del Estado –entendida: como «aquella que se ocupa del Estado lógicamente deducido», en contraposición a «la ciencia empírica del Estado, cuyo objeto es proporcionado, por los Estados efectivos: ya uno en particular, ya la comparación entre varios»– fue declarada «caduca» (1). Sin embargo, el estudio del fenómeno de poder y de su expresión jurídica sigue dominado por principios que no son sino el fruto de la especulación abstracta. La consecuencia es que el desarrollo de los temas discurra en gran parte, por los cauces de un pensamiento dogmático», que, como tal, piensa hasta el fin, agotando todas sus posibilidades y sin salirse de él, un *dado,* que en este caso, y frente a lo propio del recto dogmatismo jurídico no goza de autoridad objetiva alguna (2).

Sirva de ejemplo el tratamiento clásico del tema del nacimiento del Estado. Con la excepción, más adelante comentada, de la escuela de Viena, la doctrina afirma, casi unánimemente, la naturaleza fáctica de la aparición del nuevo Estado, el carácter originario de éste y la identidad de su aparición como tal Estado y su autoconstitución material. En efecto, a partir de Jellinek (3), el Estado se considera una realidad nomo-poética, y por tanto, en sí misma meta-jurídica, puesto que siendo el Derecho, en tanto que institución humana, posterior al Estado, es decir, siendo su origen el mismo Poder estatal una vez configurado éste, el Derecho no puede encontrarse en, ni

aplicarse a, la formación misma del Estado. De todo ello la doctrina clásica puede concluir, con Carré de Malberg, que «la ciencia jurídica no debe, por tanto, investigar el fundamento del Estado: el nacimiento del Estado no es, desde su punto de vista, más que un simple hecho insusceptible de calificación jurídica» (4).

De otra parte, y por la razón anteriormente expuesta, el fenómeno estatal es originario, es decir, tiene la cualidad de no derivarse ni estar determinado más que por sí mismo, sin que pueda vinculársele genéticamente a un orden jurídico anterior. «De una parte, el orden jurídico, único objeto de la ciencia del Derecho, no va más allá de la organización estatal, y los actos que han producido y fundamentado esta organización se encuentran fuera de la esfera del Derecho y escapan, por tanto, a toda denominación jurídica, y de otro lado, cuando incluso fuera posible dar una construcción jurídica a los actos en virtud de los cuales se ha creado un Estado, dicha construcción sería también inútil, puesto que cualquiera que sean los acuerdos y operaciones que hubiesen podido preparar la formación del Estado, éste, una vez formado, encuentra las causas jurídicas de su personalidad y su poder única y esencialmente en su Estatuto orgánico, que le hace capaz de voluntad y acción propia», concluyéndose de ello que «los actos ... anteriores a esta organización no deben tomarse más en consideración» (5).

Este carácter fáctico y originario del fenómeno estatal se enraíza en la consideración de que «resulta del hecho natural de la formación nacional» (6), o lo que es lo mismo, en la interpretación de su nacimiento como expresión de una voluntad política de base, normalmente la voluntad nacional. Así, «para que un Estado, incluso un Estado no soberano, nazca se requiere un acto originario, primario y espontáneo por parte de la colectividad que debe constituir el nuevo Estado»; voluntad que se entiende plasmada en la Constitución política del mismo (7). En esta perspectiva, históricamente avalada (8), cobra pleno sentido la afirmación clásica de que «el Estado debe su existencia ante todo al hecho de que posee una Constitución..., es decir..., del Estatuto que por primera vez da a la colectividad órganos que aseguran la unidad de su voluntad y la convierten en personalidad estatal» (9).

Ahora bien, así planteado, el tema del origen del Estado se vincula íntimamente con el tema del Poder Constituyente, y sin perjuicio de que en las conclusiones de este trabajo se intente avalar la distinción lógica entre creación del Estado y ejercicio de dicho Poder, no cabe duda de que ambos problemas ofrecen importantes puntos de contacto. Prueba de ello es que la «destrucción de la Constitución» por cambio del titular del Poder constituyente, verdadero creador no instantáneo, sino continuo de la forma política, pueda

aparecer como una novación tan radical del Estado que atente a su identidad (10), o de otra parte, la fundamentación de la plena originariedad del Estado en la autoctonía de su constituyente primordial (11).

Sin embargo, incluso los mantenedores a ultranza de la facticidad jurídica del nacimiento estatal están obligados a reconocer que «a veces el origen del Estado se encuentra en un acto jurídico» (12), concesión cuya verdad harto frecuente se encarga de demostrar la práctica; la ingente temática de la sucesión de Estados obliga a restringir un tanto el carácter originario, afirmado en principio por la teoría, y la descolonización ha desmentido en muchos casos que el Estado y su Constitución «no dependan de ningún orden jurídico anterior» (13). Demostrarlo es el objeto de este trabajo.

Por ello, aun sin dejar de admirar el «palacio de conceptos» de las construcciones doctrinales, entrar en el cual exigiría, sin duda, mayor bagaje que la simple erudición de que aquí se hace gala, tal vez sea útil examinar algunos aspectos de la práctica del Poder Constituyente en los nuevos Estados nacidos de la descolonización. Ningún campo mejor para analizar la aparición del Estado que la disolución del fenómeno colonial; ningún tema más idóneo tampoco que el Poder Constituyente, tanto por ser el hasta ahora menos estudiado, al menos desde el ángulo aquí adoptado, como por su posición central en la doctrina clásica del nacimiento del Estado, ya antes señalada. Como en tantas otras ocasiones, el gran Léon Duguit no erraba al señalar la importancia que para el Derecho público tenía el estudio de génesis de la Constitución (14).

Ahora bien, el estudio del Poder Constituyente es problemático en sí mismo. Baste aquí señalar someramente la disyuntiva metodológica que desde un principio se presenta. Como señala G. Burdeau, «o bien se considera al Poder Constituyente fuera de toda regla de Derecho positivo relativa a su institucionalización y su ejercicio, o bien se considera tal como el Derecho positivo prevé y organiza su intervención» (15). Mientras la segunda de estas perspectivas permite el estudio de la cuestión por el Derecho constitucional, aunque a riesgo de eliminar la verdadera noción de constituyente en beneficio de la instancia constituida competente para la reforma de la Constitución, la primera excluye tal perspectiva y exige en su caso un tratamiento de la materia por la Ciencia Política. Sin por ello confundir el acto constituyente con la simple revisión de la Constitución, el punto de vista aquí adoptado tiende a ser el jurídico-formal, y ello por dos razones. De una parte, la Teoría de la Constitución no parece ganar nada con la identificación del constituyente originario y la opinión pública, sospechosamente entendida como moderna versión de la «aclamación», prescindiendo de los

cauces formales de decisión política y de producción de la Constitución (16). De otro lado, la creencia de que la génesis de la Constitución es un puro hecho refractario a toda calificación jurídica y a toda dependencia respecto de un orden jurídico anterior es desmentida por la circunstancia de que el nuevo Estado es creado desde otra instancia, casi siempre otro Estado, que ejerce en numerosas ocasiones el Poder Constituyente. En el contexto de la descolonización, un estudio jurídico-formal del Poder Constituyente, problema capital del Derecho público, versa necesariamente sobre lo que los británicos han denominado «autoctonía constitucional», cuestión que, surgida de la práctica jurídico-política anglosajona, ha de ser necesariamente expuesta en términos tópicos, sin perjuicio de plantearla más adelante, con carácter abstracto.

La plena independencia dentro de la Commonwealth se alcanza a través de un proceso de progresiva autonomía, cuya fuente son las leyes del Parlamento británico y las Convenciones constitucionales (17).

Ahora bien, algunos de los miembros de la Commonwealth, y especialmente los países no blancos independizados a partir de 1947, han aspirado no sólo a una autonomía garantizada por el *Status of Westminster,* las leyes de independencia respectivas y las Convenciones constitucionales restrictivas de la competencia del Parlamento Imperial, sino a una plena autoctonía. Mientras en el campo constitucional la autonomía supone la imposibilidad de que el Parlamento británico legisle para los nuevos Estados (salvo, en algunos casos, cuando éstos lo requieran) y la posibilidad de los Parlamentos de éstos de modificar y abrogar el ordenamiento jurídico heredado de la metrópoli, la autoctonía es algo más. Supone la autosuficiencia y autarquía del Estado en cuanto al ejercicio del Poder Constituyente, de manera que el origen formal de su Constitución no se encuentre, directa o indirectamente, en una institución extranjera o su fundamento legal en un ordenamiento distinto.

Tres han sido las grandes cuestiones en torno a las cuales políticos y juristas de estirpe británica han planteado el tema de la autoctonía.

En primer lugar, la supremacía del Parlamento Imperial sobre todas las posesiones de la Corona, que ni el propio Parlamento puede autolimitar, parece amenazar lo que Sir Arthur B. Keith denominara, no sin reticencia, *The Sovereignity of the British Dominions (*18), y en este sentido la autoctonía preocupó ya a los nacionalistas de la vieja Commonwealth, apenas tranquilizados por la interpretación del *Status of Westminster* como una ruptura de la cadena normativa entre el Parlamento Imperial y los Dominios Británicos de Ultramar (19). En segundo término, la Constitución no autóctona, al te-

ner su origen en una ley del Parlamento británico o en una *Order in Council* de la Corona, se considera extranjera. Refiriéndose al texto constitucional otorgado a Ghana cuando este país alcanzó el status de Dominio, señala K. Nkrumah que «la Constitución fue impuesta al pueblo de Ghana por una potencia imperial..., y tres años después de la independencia no podemos seguir estando gobernados por una Constitución que nos ha sido impuesta por una potencia extranjera» (20). En fin, una y otra preocupación se reflejan técnicamente en la aspiración a convertir el propio orden constitucional no sólo en autónomo e incluso en autárquico, sino también en originario, esto es, fruto de un acto constituyente que ni directa ni indirectamente pueda vincularse ni a la Corona ni al Parlamento Imperial a través de una cadena de normas (21).

Dos han sido las soluciones ofrecidas al problema del ejercicio autóctono del Poder Constituyente en los nuevos Estados. Una de ellas, de carácter eminentemente político, consistente en negar el problema formal, «del que sólo confusión cabe esperar» (22), para atenerse a la, por otra parte indudable, nacionalización de la Constitución por vía de mutación constitucional que, manteniendo el mismo texto, verbigracia, la *British North America Act* de 1867, lo transforma en cuanto a su fundamento, que no será ya, en el ejemplo citado, la potestad del Parlamento de Westminster, sino el consenso del pueblo canadiense (23).

Sin embargo, esta forma de resolver o, mejor, de negar el problema de la autoctonía no es admisible por dos razones. De una parte, la mutación constitucional no resuelve todas las cuestiones derivadas del planteamiento formal, y buena prueba de ello es la necesaria intervención del Parlamento británico en la reforma de la Constitución canadiense. De otra parte, la cuestión de la autoctonía, si en los viejos Dominios Británicos tuvo un fundamento jurídico práctico, en la nueva Commonwealth, y más aún fuera de los Estados filobritánicos, se plantea por motivos estrictamente políticos.

En efecto, la Constitución no es tan sólo una ley rituaria del proceso político, sino una decisión consciente del cuerpo político, en la que se asume el pasado, se proyecta el futuro y se integra la propia realidad presente (24). La Constitución no es sólo un instrumento de gobierno, sino la autoafirmación de la propia entidad nacional y estatal constituida. Ahora bien, este sentido de la Constitución no se adquiere sino cuando, como fruto de la ideología liberal y democrática, la voluntad estatal obligatoria se concibe como «voluntad general» y la empresa de liberación del súbdito convertido en ciudadano se convierte en el «telos» constitucional por excelencia. Hoy como ayer, la Constitución es, de una vez y para siempre, símbolo del autogobierno de una comunidad (25). Por esto, y dentro de

una perspectiva histórica, la aspiración constitucional aparece íntimamente ligada al nacionalismo, empresa de democratización y liberalización, de modo especial, aunque no exclusivo, en el caso de la descolonización (26). De aquí que, en los nuevos Estados del Tercer Mundo, el constitucionalismo sea no sólo en su contenido material normativo, sino en su misma existencia, función directa del nacionalismo. Es la raíz nacionalista del movimiento constitucional la que plantea el problema de la autoctonía de la Constitución.

Resulta, pues, que el problema formal de la autoctonía, de esta manera politizado, puede tener graves consecuencias, también políticas. Una Constitución elaborada antes de la independencia puede verse tachada de no autóctona si de una u otra manera aparece vinculada al legislador colonial, y por ello, ser objeto de un proceso de revisión o de sustitución tan pronto como se alcance la independencia, con no pocos riesgos para la estabilidad política (27). De otra parte, retrasar el proceso constitucional hasta después de la independencia, ni satisface a la antigua metrópoli (28) ni es conveniente para el nuevo país, cuya primera época de vida se vería turbada por las tensiones de un período constituyente.

Por otra parte, son numerosos los casos en que el problema de la autoctonía se ha tratado de resolver jurídicamente con técnicas varias, y tal será el objeto de nuestra investigación.

En las páginas que siguen se reúnen algunas notas referentes a las diversas formas de ejercicio del Poder Constituyente en la descolonización de los nuevos Estados afroasiáticos, centradas en torno al caso de Guinea Ecuatorial, y ello al menos por dos razones, aparte de las obvias de carácter personal. En primer lugar, la fórmula guineana de «autoctonía» constituye un ensayo de superación técnica de los problemas teóricos planteados por la práctica jurídico-politica de la descolonización en otros países, circunstancia a la que, sin duda, no es ajena la tardanza de la emancipación de Guinea, ocho años posterior a «los nuevos vientos de cambio», que permitió a los responsables de la descolonización de aquel territorio proceder con criterio de historiadores. En segundo lugar, en la corta pero ya densa historia de la descolonización, el caso de Guinea es a todas luces «patológico», y como tal permite comprender mejor, por encima de lo puramente episódico y de las distorsiones de una evolución, la génesis estructural de los problemas y de las fórmulas.

En consecuencia, en una primera parte se tratará de reconstruir la tipología de los procesos constituyentes en los nuevos Estados (I), y en otra posterior se estudiará detenidamente la fórmula utilizada en Guinea, atendiendo a su decantación y aplicación (II). Ello permitirá obtener unas conclusiones generales, que pretenden aportar algo a una Teoría General del Estado, concebida empíricamente.

I. TIPOLOGÍA

Desde el punto de vista del presente estudio pueden distinguirse dos grandes modelos en el ejercicio del Poder Constituyente en el Estado descolonizado. De una parte, la fundamentación del proceso constitucional en el proceso de independencia, de manera que, sea cual sea la fuente formal de la Constitución, actúa con la potestad que le atribuyen las normas del ordenamiento metropolitano (A). De otro lado, el paralelismo y consiguiente separación de ambos procesos, lo que permite que, aun siendo el de independencia heterónomo, al basarse ésta en normas de ordenamiento necesariamente distinto al del Estado naciente, el proceso constituyente pueda ser autónomo (B).

A) Tres son los grandes tipos que en este grupo cabe distinguir, y corresponden a la práctica jurídico-política de cuatro grandes potencias coloniales: Gran Bretaña, Bélgica, Francia y U. S. A.

a) **El modelo anglo-belga**

En la descolonización de los territorios del Imperio Británico, la capacidad para vivir con arreglo a una Constitución, Constitución «ideal» en el sentido que C. Schmitt (29) diera a este término, se considera el signo necesario y suficiente de la capacidad para el autogobierno, y por tanto, requisito previo a la independencia (30). De aquí que el proceso constituyente aparezca íntimamente imbricado con el proceso descolonizador, hasta el punto de ser ambos distintas caras de una misma evolución jurídica y política. No es, pues, casual que haya sido la doctrina británica la que, ha planteado en el terreno del Derecho constitucional el tema de la autoctonía.

Los territorios británicos contaron desde muy pronto (paradojas de la Historia) con una Constitución escrita y hasta puede decirse que han accedido a la independencia en virtud de su propia evolución constitucional. Constante de la política colonial británica ha sido el progresivo establecimiento del *Westminster Model* –un régimen de gobierno parlamentario más o menos adaptado a las circunstancias, un sistema de garantías individuales y una tutela judicial de las mismas– como condición previa a la independencia. Todo ello gracias a la evolución del régimen de gobierno colonial. Partiendo de una concentración de poderes en el Gobernador responsable tan sólo ante el Colonial Office, y a su través, ante el Parlamento británico, se llega, mediante el establecimiento de un Consejo Legislativo, de composición progresivamente de-

mocratizada al extender el número de miembros electos y aumentar el cuerpo electoral hasta llegar al sufragio universal, al sistema parlamentario, en el que el equivalente del Jefe del Estado, el Gobernador, actúa, salvo en materias reservadas, según el consejo de los ministros responsables (31). Esto es, de una parte, el Poder pasa progresivamente a manos de la mayoría electa, y de otra, el ámbito de este Poder se amplía hasta que, al cesar toda reserva en favor de las autoridades metropolitanas, la colonia accede a la plena soberanía.

La independencia tiene así lugar por una doble vía. De una parte, una ley del Parlamento Imperial autocercena sus competencias sobre el territorio que va a acceder a la independencia, excluye la responsabilidad del Gobierno del Reino Unido respecto del mismo, y en el caso de que el territorio en cuestión deje de ser dominio de la Corona, para adoptar la forma republicana, prevé la extinción de la soberanía de S. M. De otro lado, una Orden de S. M. en Consejo establece la organización constitucional del nuevo Estado (32).

Desde un punto de vista formal, la única autoridad constituyente es la Corona, en virtud de la *British Settlements Act* (1843, 1887 y 1945) para las colonias, y de la *Foreign jurisdiction Act* (1843, 1890 y 1913) para los protectorados y territorios bajo mandato y fideicomiso, y, de acuerdo con la misma Constitución británica, el Parlamento Imperial. A la hora de la independencia, la autoridad metropolitana es la que, salvo en el caso de Birmania, del que más adelante nos ocuparemos, ejerce el Poder Constituyente, en el territorio en trance de convertirse en nuevo Estado. Frente a la práctica seguida respecto de los viejos Dominios e India y Pakistán, no ha sido el Parlamento Imperial, sino la Reina en Consejo, quien ha estatuido, mediante Orden, las Constituciones de las colonias emancipadas desde 1948.

Si formalmente es la Corona, ya en Consejo, ya en Parlamento, la que ejerce el Poder Constituyente a través de toda la evolución de la colonia hasta llegar a la independencia, de hecho la Constitución es elaborada por el *Colonial Office* a partir de las propuestas presentadas por la propia colonia, de modo que las autoridades metropolitanas instrumentan de manera técnica y legalizan las aspiraciones constitucionales de las fuerzas políticas de aquélla (33). La expresión de estas aspiraciones en forma de asesoramiento al *Colonial Office* es la función de la Conferencia Constitucional, reunión de representantes del Gobierno colonial, del Gobierno del Reino Unido y de los movimientos políticos de la colonia, y cuya composición, en lo que se refiere a los representantes indígenas, queda notablemente facilitada por la existencia de miembros elegidos del Consejo Legislativo, de cuya representatividad política no cabe dudar (34). Así, en la Conferencia constitucional, en la que se decidió la independencia de Tanganica en 1961, la delegación africana estaba compuesta por los ministros

del Gobierno y otros miembros del Consejo Legislativo, todos ellos elegidos por sufragio universal (35). En la Conferencia Constitucional de Nyasaland, después Malawi, celebrada en Londres en 1962, la representación indígena se repartía entre los dos grandes partidos políticos del Protectorado en proporción a los escaños obtenidos por cada uno de ellos en la elección general celebrada en 1961, añadiéndose, para obtener la máxima representatividad posible, el único diputado independiente (36). Análogo fue el caso de la Conferencia Constitucional que precedió a la independencia de Zambia (37).

El proceso de emancipación del Congo Belga, aunque no responde a ningún plan estructurado y, por tanto, solamente puede ser descrito como pura sucesión de acontecimientos, se inspira en la práctica británica. Anunciada la independencia en el mensaje real de 13 de enero de 1959, a fines del mismo año tiene lugar la celebración de elecciones locales que permiten evaluar la fuerza de los diversos movimientos políticos de la colonia, cuyos representantes, junto con una delegación, belga, se reunieron en conferencia constitucional pintorescamente llamada Mesa Redonda (38). Aunque dicha conferencia no obtuvo las funciones constituyentes que para ella solicitaran algunos de sus delegados, se decidió que sus resoluciones serían llevadas ante las correspondientes instancias belgas para su conversión en Ley, compromiso facilitado por la composición mixta gubernamental-parlamentaria de la delegación belga en la conferencia. La Mesa Redonda adoptó diversas resoluciones, «en el espíritu de cuyos principios generales» el Gobierno preparó un proyecto legislativo que, votado por las Cámaras y aprobado por el Rey, de acuerdo a la Constitución belga, se convirtió en la Ley Fundamental de 19 de mayo de 1960, primera Constitución del Congo y en la que se preveía los órganos constituyentes y el procedimiento para llegar a una Constitución definitiva (39). Es claro que ni este texto provisional era autóctono, puesto que emanaba del legislador belga, ni lo hubiera sido el texto definitivo elaborado de acuerdo a lo en él dispuesto, dado que hubiera sido obra de un poder constituyente, a su vez constituido por el legislador metropolitano. El caos político que en el Congo siguió a la independencia impidió que las previsiones constituyentes de la Ley Fundamental se llevasen a la práctica y la segunda no menos efímera Constitución congoleña de 1964 puede considerarse autóctona, puesto que se elaboró, incluso formalmente, a través de un proceso revolucionario y se adoptó mediante referéndum (40).

Lo dicho sirve para poner de relieve que, desde un punto de vista político, las Constituciones que presiden el acceso a la independencia no son impuestas por la metrópoli y, hoy como ayer, resulta en el fondo cierta la afirmación del primer ministro Attlee: «The constitution is drafted and decided by the

Dominion, the Imperial Parliament takes such steps as may be necessary to legalize these decision» (41). Sin embargo, es en este plano de la legalización formal donde se plantea el problema de la autoctonía, puesto que, sea cual sea el contenido material de la Constitución, el Poder Constituyente de que emana es extranjero.

Dicho problema, tal como lo hemos expuesto al principio de este trabajo, parece plantearse necesariamente, dado el sistema británico de descolonización. El Parlamento del Reino Unido no puede, al dar autonomía a un territorio, dejar de dotarle de una Constitución, autorizar a su Legislatura a adoptarla o prever su otorgamiento por la Corona (42). Con ello la Constitución dependerá, de una u otra forma, de un acto del legislador imperial y la autoctonía sólo será asequible mediante la remoción de esta dependencia expresada en una cadena de normas, introduciendo una solución de continuidad entre los eslabones de la misma.

Del planteamiento inicial de la cuestión, con ocasión de la creación del *Irish Free State* –en cuya descripción no vamos a entrar–, cabe subrayar los siguientes aspectos: La Constitución de 1922, aunque se inicia con un preámbulo de sabor autóctono en el que se afirma la doctrina tomista del origen del Poder, no se legaliza, es decir, no adquiere fuerza de tal Constitución, sino en virtud de una ley del Parlamento Imperial como la doctrina británica ha puesto cuidadosamente de relieve (43). La Constitución del Eire, de 1937, adquiere su autoctonía introduciendo una solución de continuidad en la cadena de normas al no ser sometida a la sanción real y derivar del Poder Constituyente popular expresado por referéndum. Aparecen así tres técnicas de autoctonía: La primera y más débil se reduce a una mera declaración verbal del preámbulo, en el que el orden «legal» se niega buscando un nuevo origen, mediante el recurso a nociones metafísicas como Dios, la soberanía popular o los valores éticos, todo ello irrelevante jurídicamente, pero útil a la hora de expresar la irracional facticidad de la creación de un nuevo orden jurídico estatal. Sin negar en lo más mínimo el valor jurídico de los preámbulos, resulta indudable que las meras expresiones de éste no pueden anular el procedimiento formal de producción de la Constitución y cortar la cadena de las normas. Más aún, la utilización posterior de tales fórmulas por las Constituciones de Pakistán (1956) o Tanganica (1961), prueba que preámbulos del mismo tipo pueden integrarse sin inconveniente alguno en la legalidad anterior sin implicar, por tanto, verdadera autoctonía constitucional.

En segundo lugar, la eliminación de la sanción real –esencial en el procedimiento legislativo de estirpe británica– aparece como la técnica idónea para, a la vez, excluir a la Corona de la producción de la nueva Constitución, afirmar

la plena y exclusiva soberanía del cuerpo constituyente y romper el orden legal preexistente, haciendo del constituyente en vez de una autoridad ya constituida, un poder plenamente originario, esto es, llevando a cabo una revolución (44).

Por último, esta misma tendencia se acentúa, con ocasión de la primera Constitución del Eire de 1937, mediante el recurso al referéndum popular. La intervención popular supone, en primer lugar, un factor irreductible a los cánones constitucionales británicos y, por tanto, la ruptura del orden legal constituido; pero, además, e independientemente del sistema con el que se trata de romper, la intervención popular directa, por su misma naturaleza y por el modo incondicionado de su actuación, reclama para sí una potestad originaria (45).

Las tres técnicas de autoctonía esbozadas en el proceso constitucional irlandés han repercutido en las diversas fórmulas utilizadas a este fin por las antiguas dependencias británicas. Dichas fórmulas son fundamentalmente tres.

En primer lugar, la autoctonía se busca elaborando una nueva Constitución cuyo «casticismo» se exprese en el preámbulo (46). Ahora bien: el procedimiento formal del que surge el nuevo texto sedicentemente autóctono es el de reforma de la Constitución anterior, y como tal previsto en la misma. Así, la Constitución paquistaní de 1956, elaborada por una Asamblea, heredera de la Constituyente de 1946, fue sometida a la sanción del gobernador general para cumplir todos los requisitos exigidos por la *Indian Independence Act* de 1947, tal como la había interpretado la jurisprudencia paquistaní (47). Análogamente, la Constitución nigeriana de 1963 fue aprobada de acuerdo al procedimiento de reforma previsto en la Constitución de 1960, y el mismo sistema siguieron las reformas constitucionales de Uganda de 1963, Kenia 1964 o Malawi 1966, aunque en estos tres casos parece haberse abandonado todo intento de autoctonía (48). Aunque marginal al campo de este estudio, resulta especialmente significativo el caso de Sudáfrica, cuya constitución en República en 1961 tuvo lugar mediante ley del Parlamento de la Unión, en la que, tras un preámbulo autoctonista, se incluye la tradicional fórmula legislativa británica, en la que se hace expresa mención de la intervención de la Corona (49).

Es cierto que los juristas paquistaníes, nigerianos y sin duda también los sudafricanos podrían defender el carácter autóctono de las nuevas Constituciones alegando que la intervención de la Corona no es la de un elemento extranjero, sino la de una institución nacional, de manera que la sanción de la Reina a la Constitución de la República de Nigeria en 1963, sería su último acto como Reina de Nigeria, sin que ello suponga en modo alguno la, intervención de la Corona británica (50). Esta tesis, dando por establecida la divisibilidad de la Corona en la Commonwealth, parece, sin duda bastante convincente (51);

pero lo que resulta indiscutible es que la base legal de las nuevas Constituciones se encuentra en la Constitución anterior, y por ello derivan en último término del Parlamento Imperial, a través de la *Indian Independence Act* de 1947 respecto de Pakistán, la *Union of South Africa Act* de 1909 y la *Nigeria Independence Act* de 1960 y *Nigeria (Constitution) Orden in Council* subsiguiente.

La autoctonía de estas Constituciones es, por tanto, más que dudosa, puesto que la Constitución «casera» es, en cuanto mera reforma de la anterior, obra de unos órganos de revisión creados por el Parlamento Imperial y en ejercicio de las competencias que les fueron atribuidas por éste en cuanto constituyente originario. La mera declaración de un preámbulo, por muy grande que sea su valor normativo, no puede ocultar esta circunstancia.

La segunda fórmula, consistente en excluir de la nueva legislación constitucional la sanción por la Corona, fue la seguida por India en 1950. De acuerdo a la *Indian Independence Act* de 1947, la Asamblea Constituyente tenía competencia para hacer la *Constitución del Dominion* y competencia legislativa ordinaria (52). De acuerdo a la misma ley había también un Gobernador General «who shall represent His Majesty for the purpose of the government of the Dominion», y a estos efectos «shall have full power to assent in His Majesty's name to any law of the legislature» (53). Ahora bien: la Constitución india de 1950 fue adoptada por la sola Asamblea, sin intervención alguna del Gobernador, cuya sanción no fue requerida, al parecer, con la intención de obtener así plena autoctonía.

Sin embargo, la doctrina se ha planteado el problema de si la *Indian Independence Act* de 1947 exigía o no la sanción real para los actos constituyentes de la Asamblea. Si se entiende lo primero, la adopción de la Constitución en enero de 1950 por el mero voto de la Asamblea y la firma de su presidente con el fin de autentificarla equivale a una solución de continuidad en la cadena de las normas. Sería el pueblo indio «en» su Asamblea Constituyente el que, en ejercicio de un poder originario e incondicionado, se da a sí mismo una Constitución (54). Sin embargo, en favor. de la segunda interpretación doctrinal militan poderosas razones. En primer lugar, la Asamblea Constituyente, reunida desde noviembre de 1946, se concibió siempre como un Cuerpo soberano (55), que en cuanto tal actuaba en capacidad distinta al de legislatura del Dominio, y en este sentido puede señalarse la práctica de más de un trienio (56). Mientras que la legislación ordinaria, es decir, la emanada de la Asamblea en su capacidad de Legislatura del Dominio, fue sometida regularmente al Gobernador General para obtener la sanción real, los actos constituyentes tan sólo se autentificaron, mediante la firma del presidente de la Asamblea. Ahora bien: si la sanción real se explica perfectamente cuando se trata de la legislación ordinaria, obra de una Legislatura integrada por la Asamblea y por el propio

Gobernador de acuerdo a una constante tradición británica (57), no resulta fácil justificar, dentro de la misma tradición constitucional, por qué razón el Gobernador habría de sancionar los actos de la Constituyente.

En segundo término, toda la competencia del Gobernador General, incluida la de sancionar las leyes, aparece teleológicamente determinada «for the purpose of the government of the Dominion» (58), que claro es, no incluye la Constitución de lo que ya no iba a ser Dominio, la República de la India.

De aceptarse tal interpretación (59), la autoctonía de la Constitución india sería ilusoria, puesto que, al prever la *Indian Independence Act* de I947 la adopción de la misma y su propia abrogación por la sola constituyente, los actos de ésta se apoyan en aquella ley del Parlamento Imperial y, el caso indio reduce al anteriormente estudiado. No es ya el pueblo indio quien *se autodetermina en ejercicio de un poder constituyente originario,* sino un órgano investido de competencias legales constitucionales (60) por la *Indian Independence Act,* es decir, por el legislador británico, y que, de acuerdo al procedimiento establecido en esta ley, adopta una Constitución.

La tercera fórmula es la utilizada por Ghana en su búsqueda de la autoctonía, seguida más tarde por Tanganica. La Constitución ghanesa de 1957 excluía la ambigüedad imputable a la *Indian Independence Act* de 1947, exigiendo para todo acto legislativo la sanción real (61); sanción que *a fortiori* era necesaria para la reforma de la propia Constitución (62). En su búsqueda de la autoctonía constitucional, la Asamblea Nacional adoptó en febrero de 1960 la *Constituent Assembly and Plebiscite Act,* que fue sancionada por el Gobernador General en debida forma y en la que se atribuía a la Asamblea competencias constituyentes, sin necesidad de que las disposiciones adoptadas en virtud de las mismas requiriesen la sanción real. Se trataba, pues, de una reforma constitucional en la que se cumplieron los requisitos formales de la *Ghana Independence Act* de 1957 y de la Constitución del Dominio de 1957, tal como había sido ya modificada en 1958. Una vez revisada la Constitución en este sentido, la Asamblea Nacional, convertida en constituyente, adoptó en junio de 1960 una Constitución republicana, cuyo proyecto había sido aprobado en plebiscito popular en abril del mismo año (63).

De todo este proceso, dos años después repetido en Tanganica (64) en lo que se refiere a los trámites esenciales, debían subrayarse tres aspectos. De una parte, la intención de obtener una Constitución autóctona es patente hasta en la fórmula misma del preámbulo de la Constitución (65). En segundo término, la cadena de normas se mantiene cuidadosamente intacta a través de la *Constituent Assembly and Plebiscite Act* de 1960, que engarza con la *Ghana (Constitution) Order in Council* y la *Ghana Independence Act* de 1957. Por último, la

técnica plebiscitaria se introduce con una timidez tal que la hace irrelevante. No es el pueblo de Ghana directamente el que adopta por votación la nueva Constitución, sino «a través de sus representantes» (66). Esto es, el Poder Constituyente lo ejerce formalmente una Asamblea previamente constituida, de acuerdo a las normas del constituyente originario, el Parlamento Imperial. Si, por tanto, las Constituciones republicanas de Ghana y Tanganica fueron la obra exclusiva de las Asambleas constituyentes, la atribución a éstas de tales competencias a partir del ordenamiento constitucional anterior, esto es, de competencias legal-constitucionales, excluye una verdadera autoctonía.

De los tres modelos ofrecidos por la evolución constitucional del Eire, tan sólo el tercero, basado fundamentalmente en el principio plebiscitario, garantizaba una plena autoctonía. Sin embargo, la solución de continuidad que introducía en la cadena de normas requería técnicas excesivamente chocantes con el Derecho constitucional de estirpe británica, y de aquí que, aun los Estados que han seguido las huellas irlandesas, no hayan llevado a sus últimas consecuencias el recurso al pueblo, que ni en la República sudafricana ni en Ghana ha llegado a ser el Poder Constituyente en sentido formal (67). A la pregunta planteada por Sieyès sobre quién es el autor de la Constitución en ambas Repúblicas debe responderse en favor de las Asambleas. Las técnicas de autoctonía utilizadas en el Eire suponían una flagrante violación del orden constituido y el respetuoso temor a las leyes no ha dejado de influir en la no imitación del ejemplo irlandés. La interpretación paquistaní de la *Indian Independence Act* de 1947 y la vía seguida por Ghana en su búsqueda de la autoctonía, caracterizada por el escrupuloso respeto a la integridad de la cadena de las normas, es buena prueba de ello.

Tan sólo, pues, las dos primeras técnicas utilizadas en el Eire, afirmación de autoctonía en el preámbulo y no intervención de la Corona en la producción formal de la Constitución, han hecho escuela, pero, según se ha subrayado, sus resultados en cuanto a una total autoctonía son muy escasos. Tal vez ello explique la decadencia de la cuestión en la Nueva Commonwealth, manifiesta no sólo en los ya citados ejemplos de Uganda, Kenia o Malawi, sino especialmente en las nuevas Constituciones republicanas o de Monarquías independientes otorgadas directamente por la Corona (68).

b) **Modelo americano**

La fórmula utilizada por los Estados Unidos en el caso de Filipinas es en sus líneas fundamentales, análoga a la británica, es decir, la potencia adminis-

tradora crea el nuevo Estado y le dota de una Constitución. Sin embargo, los rasgos peculiares del imperialismo americano influyen en las técnicas jurídicas adoptadas, de modo que el modelo británico se deforma en dos direcciones en apariencia contrarias, pero realmente convergentes en su raíz. De una parte, la población colonizada se asocia a la tarea constituyente, de manera que aporte a través de sus representantes un cierto contenido material a la decisión constituyente y que directamente contribuya a la legitimación política de dicha decisión. Por otro lado, el legislador metropolitano adopta decisiones de fondo de envergadura tal que su acción no es meramente legalizante, como, según hemos visto, pretende ser la del Parlamento británico respecto del progreso constitucional de las dependencias de la Corona, sino de verdadero constituyente material. En último término, y ello es interesante señalarlo, la independencia se identifica con la Constitución, aunque de forma que, de adoptarse ésta, aquélla se otorga a plazo (69).

En el período que se extiende desde 1900 a 1946 la organización político-administrativa del archipiélago fue establecida por leyes de la Unión (70), y el mismo sistema se siguió a la hora de elaborar la Constitución de la independencia.

En efecto, la *Tydings-Mc Duffie Act* de 1934 preveía, de una parte, el procedimiento constituyente. Así, se autorizaba a la legislatura creada en Filipinas por la *Jones Act* de 1916 para convocar una Convención encargada de elaborar una Constitución (sec. 1), que debería ser sometida a la aprobación del Presidente de U. S. A. (sec. 3), y una vez obtenida ésta, adoptada mediante votación popular (sec. 4). Además, en la misma Ley *Tydings-Mc Duffie* se preveía el contenido material de la Constitución en lo que hace a la forma de gobierno, la parte dogmática, disposiciones transitorias durante el período de protectorado y obligaciones del futuro Estado independiente (sec. 2).

De lo expuesto resulta que ni la Constitución filipina de 1934 ni sus ulteriores revisiones pueden considerarse autóctonos. De una parte, el fundamento jurídico de la Constitución es una ley de la Unión, sin que la Convención Constitucional, reunida en virtud de lo prescrito en dicha ley, ni la aprobación del texto mediante referéndum, función atribuida por la ley de la Unión a los filipinos, que actuaban así como instancia decisoria, pero constituida y condicionada, desvirtúen este origen formal. De otro lado, las supremas decisiones constitucionales materiales las adopta el legislador americano y la Constitución filipina sólo se entiende válida en cuanto se adapta a ellas (71). Por ello, el constituyente originario, quien «decide sobre el modo y la forma de la propia existencia política» (72), es el Congreso de los Estados Unidos. El caso es análogo al de aquellos supuestos en que en la elaboración de la Constitución,

establecida, al menos en cuanto a sus líneas fundamentales, por una instancia internacional, colaboran, ya directamente, ya a través de sus representantes, las poblaciones interesadas, sin que ello impidiese a la doctrina ver en tales ocasiones una verdadera «internacionalización del Poder Constituyente» (73).

c) **El modelo francés**

La descolonización de los antiguos territorios franceses de África Occidental y Ecuatorial es fruto de un largo proceso jurídico de orden interno primero y comunitario después, que lleva a la constitución de entidades estatales autónomas, dotadas, entre otras, de competencias constituyentes y que acceden a la plena independencia por vía de Tratado.

Tres son las fases estructurales de este proceso: la territorialización y democratización de la Administración colonial, primero; la autodeterminación que llevó a la creación de Estados, en segundo lugar, y por último, la transferencia convencional de competencias, que determinó el acceso a la plena soberanía. El proceso constituyente de los nuevos Estados se inicia en la segunda fase y su génesis se encuentra en la autonomía constitucional, a su vez basada en el derecho de autodeterminación y que formalmente no se interfiere con el acceso a la independencia, que en el proceso francés de descolonización puede considerarse un tanto secundario (74).

Aunque es indudable que las Asambleas de los TOM, creadas por la ley de 7 de octubre de 1946 y Decretos complementarios del 25 del mismo mes y año, son un precedente de máxima importancia a la hora de estudiar la introducción de las instituciones democráticas en las colonias francesas de África (75), desde el punto de vista que aquí interesa, la territorialización de la Administración colonial y la génesis del parlamentarismo africano, se inicia con la ley de 16 de abril de 1955, que da a Togo su régimen cuasi-autónomo y «diárquico», inspirado en el modelo británico y reformado en sentido parlamentario por el Decreto de 25 de agosto de 1956, a su vez retocado por el Decreto de 22 de marzo de 1957 (76). Durante toda esta fase Togo ha funcionado como territorio piloto (77) en la evolución del África francesa hacia el autogobierno. Así, eco inmediato del Estatuto de 195 fue la Loi Cadre de 23 de junio de 1956, y el Estatuto de marzo de 1957 sirve de modelo al sistema de los Consejos de Gobierno (78).

De las reformas de 1956 y 1957, dos son los rasgos a destacar. En primer lugar, al realizar una descentralización a nivel de Territorio e instaurar el sufragio universal en la elección de las Asambleas Territoriaies, sustantiviza políti-

camente los TOM en perjuicio de los conjuntos federales África Occidental Francesa y AEF, convirtiéndolos así en marco, tanto de la acción administrativa como de la reivindicación política y del desarrollo constitucional. De otra parte, el respeto a la Constitución francesa de 1946, que preveía la existencia a nivel local de Asambleas, pero nunca de Gobiernos, y el deseo de continuar la tradición referente a la organización de colectividades administrativas descentralizadas llevó a los autores de los Decretos de 4 de abril de 1957 a convertir los Consejos de Gobiernos, órganos de asistencia al representante del Poder central en materia ejecutiva, en un Comité elegido por la misma Cámara, ante la que «tenía la facultad de dimitir», caso de perder la confianza de la misma (79). Es claro que la conjunción de factores tales como el sufragio universal, la estilización de la vida política por la existencia de partidos fuertemente organizados, la formación parlamentaria de los nuevos líderes, etc., debían convertir este sistema en algo muy semejante al parlamentarismo monista, y tal parece ser el sentido tácito de las Ordenanzas de 26 de julio de 1958 (80). Pero lo que aquí más interesa destacar no es este cauce de recepción de los regímenes constitucionales nacidos en Occidente, sino la creación, a nivel de cada Territorio, de una Asamblea que por su origen, funcionamiento, personal y competencias era en todo, salvó en el nombre, el legislativo de una entidad protoestatal.

El paso hacia la conversión de los TOM, así organizados por las reformas de 1956-1957, en Estados autónomos se da con la Constitución francesa de 1958, libremente adoptada por dichos territorios en el referéndum de 28 de septiembre de 1958, y cuyos artículos 76 y 77 les atribuían una plena autonomía constitucional, sin otra limitación que el carácter democrático de sus instituciones y el respeto al derecho comunitario (81). Los TOM, que, salvo en el caso de Guinea, aceptaron la Constitución de 1958, hicieron uso de la opción señalada en el artículo 76 de la misma y las Asambleas Territoriales, ya existentes bajo el régimen de 1956, se autoerigieron en Asambleas Legislativas y Constituyentes (82). Fueron estas Asambleas las que, al menos formalmente, adoptaron un texto constitucional, cuyo sometimiento ulterior a referéndum sólo estaba previsto en Alto Volta y Chad (83).

Del proceso descrito resulta que las Constituciones de los nuevos Estados no fueron «otorgadas» por la antigua potencia administradora, como ocurría en el tipo anglo-belga y, aunque en términos distintos, en el tipo americano. Las Constituciones son, por el contrario, obra de las Asambleas en el ejercicio de sus competencias constituyentes. Ahora bien: lo dicho respecto de Nigeria, la India o Ghana impide concluir, sin más, la plena «autoctonía» del carácter «no otorgado» de dichas Constituciones, puesto que, eliminado el origen in-

mediato no autóctono, surge el problema de la autoctonía de su origen mediato o remoto. ¿Acaso sería la ley francesa la que atribuyese competencias constituyentes a las Asambleas de los Estados no autónomos?

Dichas Constituciones fueron formalmente obra de las Asambleas de los nuevos Estados, en virtud de la autonomía constitucional reconocida por el artículo 77 de la Constitución de la República de 1958, pero el tránsito de la autonomía a la autoctonía del proceso constituyente no puede tener lugar a partir de ninguno de ambos términos, la norma metropolitana habilitante, de una parte, y la institución constituida como autónoma y habilitada, de otra. En la descolonización de los territorios franceses de África Occidental y Ecuatorial la distancia entre autonomía y autoctonía se salvó fundamentando aquélla en ésta mediante la autodeterminación. La autodeterminación de cada TOM mediante el referéndum de 28 de septiembre fue la que decidió la adopción por cada uno de ellos de la Constitución de 1958, y una vez que ésta había sido adoptada era de aplicar la opción del artículo 76 y la consiguiente autonomía constitucional reconocida en el artículo 77. De esta manera la Constitución de 1958, atributiva de la autonomía constitucional, no fue en sí misma una norma extraña a los TOM, sino autóctona a cada uno de ellos. Así lo afirman en sus preámbulos las Constituciones de 1959 de los Estados Autónomos.

La prueba de lo expuesto la ofrece, a contrario, el caso de Guinea. Al rechazar este antiguo TOM la Constitución de 1958 en ejercicio de su derecho de autodeterminación, la soberanía francesa deja de ejercerse sobre la misma, sin que ello suponga reconocimiento y menos creación de un nuevo Estado. Este sólo aparece días después y adopta una Constitución de indiscutible autoctonía algún tiempo más tarde. La solución de continuidad, teórica al menos, entre el cese del dominio francés y el nacimiento de la República de Guinea y el carácter meramente negativo de la opción guineana impiden considerar que la independencia de este país, y menos su proceso constituyente, encuentran su fundamento en el ordenamiento metropolitano (84). Dicho fundamento es más bien la opción guineana en el referéndum, expresión de su autodeterminación.

B) La plena separación entre la independencia y el proceso Constituyente es normal, en el supuesto de que la situación colonial no ha extinguido el carácter estatal de la entidad colonizada. Tal es el caso de los protectorados internacionales, cuya teoría no cabe hacer aquí in extenso; pero en los que tiene lugar una distribución de competencias por vía de Tratado, que sí puede afectar a la autonomía constitucional del Estado protegido, en nada afecta a

su autoctonía (85). Así, los protectorados franceses de Indochina accedieron a la independencia al extinguirse mediante Tratado la relación de protectorado, de origen también contractual, sin perjuicio de que años antes se hubiese llevado a cabo un proceso constituyente en el que la potencia protectora no tuvo formalmente intervención alguna (86). En cuanto a los protectorados norteafricanos, la Constitución surgió con posterioridad a la independencia (87). Algo análogo sucedió en Ruanda y Burundi (88), y más aún en el Irak, donde la relación de mandato, regulada por instrumentos internacionales, no se interfirió con el proceso constituyente, que culminó en el texto de 1922 (89).

Sin embargo, a los fines de este trabajo lo que nos interesa destacar es el caso de dos territorios no autónomos –dependencia británica uno de ellos, Birmania; fideicomiso italiano de las Naciones Unidas el otro, Somalia–, en los que se consiguió compaginar perfectamente el acceso a la independencia de un nuevo Estado sin anterior carácter de tal, el término del proceso constituyente con anterioridad a la misma y una completa autoctonía constitucional (90). En uno y otro caso la Constitución es obra de una Asamblea Constituyente, que se reúne, actúa y ultima su trabajo antes de la independencia, de manera que la Constitución entra en vigor el día de la misma pero que ni en su actuación ni en su origen está vinculada a la legislación colonial metropolitana. La convocatoria de las elecciones y la reunión subsiguiente de la Asamblea constituyen una solución de continuidad con la situación anterior. Así, la convocatoria de la Constituyente birmana reconocía de facto la plena autosuficiencia del pueblo birmano para darse una Constitución, sin que fuera necesario la atribución de competencias constituyentes a la Asamblea por parte del Parlamento británico ni que éste legalizase ulteriormente sus decisiones. La Constituyente birmana es un cuerpo extraño en el ordenamiento colonial, irreductible a toda previa Constitución y de competencia plenamente originaria (91).

Sin embargo, a la vez que la Constitución encuentra su fuente en sólo el constituyente birmano, la Asamblea, la independencia se basa legalmente en la *Burma Independence Act* (92) del Parlamento británico. Independencia y Constitución son, pues, fruto de procesos formalmente distintos y sus fuentes de producción, respectivamente, el Parlamento Imperial y la Constituyente nacional. Tal será el modelo desarrollado *mutatis mutandis* en Guinea Ecuatorial.

II. LA FÓRMULA GUINEANA DE AUTOCTONÍA

La autoctonía constitucional de Guinea no ha sido el resultado de la presión nacionalista, sino más bien la solución técnica arbitrada a los problemas

políticos de Orden interno surgidos, tanto en España como en Guinea, con ocasión de la descolonización de aquellos territorios.

Durante todo el periodo colonial el régimen político de Guinea fue establecido por disposiciones metropolitanas de rango diverso (93). Este régimen perdura incluso después de la ley de Autonomía de 1964, que si bien atribuye a la Asamblea General un derecho de iniciativa en cuanto a la modificación de la legislación en vigor (94), ni le otorga potestad para modificar el régimen autónomo, ni supeditaba las iniciativas que en este campo pudiese adoptar España a los acuerdos de dicha Asamblea. El problema no es puramente teórico, puesto que de hecho se planteó a la hora de preparar el acceso a la independencia. En efecto, las estructuras del régimen de autonomía (95), de una parte, al inspirarse en los principios corporativos propios de la metrópoli, determinaban que las fuerzas políticas de los partidos discurrían al margen de ellas. De otro lado, la rivalidad entre las Provincias continental e insular y el consiguiente separatismo latente en Fernando Poo había plasmado en una composición paritaria de la Asamblea y el Consejo del Gobierno que dificultaba al máximo su funcionamiento. Por todo ello, cuando España optó por la descolonización de Guinea, no consideró impedimento alguno la inactividad de la Asamblea autónoma, pese a no haber faltado protestas en este sentido (96), y decidió dar cauce a las aspiraciones guineanas al margen del régimen autónomo, ante todo mediante la celebración de una Conferencia constitucional, en cuya segunda fase se abordó ya la elaboración de una Constitución (97).

Ahora bien, si la elaboración material de la Constitución corría a cargo de la Conferencia constitucional, simple órgano asesor del Gobierno español, el problema surge al plantearse la cuestión de la fuente formal de producción de la misma Constitución, esto es, del Poder Constituyente.

El modelo anglo-belga, en el que parecía inspirarse España, exigía que las resoluciones de la Conferencia fuesen legalizadas por las competentes instancias españolas, es decir, las Cortes o el Jefe del Estado, en uso de la prerrogativa de las leyes de 1938 y 1939. Así parecieron entenderlo los mismos dirigentes guineanos, que insistieron en mantener la cadena de la legalidad, aunque, sin duda, con la intención de hacer de la ley constitucional resultante un texto transitorio a sustituir por otro «autóctono» después de la independencia (98).

Aparte de que la solución favorable a la provisionalidad en nada favorecía la estabilidad política del futuro Estado, surgieron pronto otras dificultades. La explicable desconfianza del Gobierno hacia unas Cortes de imprevisibles actitudes, y el eco nacional de una Constitución de tipo liberal-democrático aconsejaban la exclusión de la Cámara del proceso constituyente y razones de prestigio exterior hacían descartar un acto de prerrogativa por parte del Jefe del Estado.

De esta doble inhibición guineana y española surgió la autoctonía constitucional, mediante el juego del *principio plebiscitario* (A) y la *separación del proceso constituyente* y *el proceso de independencia* (B).

A) La afirmación del principio plebiscitario es fruto de posiciones políticas contrarias entre sí. En primer lugar, la posición española fue favorable, desde que en 1963 se inicia la etapa de autonomía, a que la independencia sólo tuviera lugar en caso de que el pueblo guineano así lo demandase en ejercicio de su derecho de autodeterminación (99). Ahora bien, como las instituciones autónomas no ejercieron la competencia que en este sentido les atribuía la ley de 1964, se consideró que la consulta popular directa era la única manera de que los guineanos optaran por la independencia. Tal principio parece deducirse de los acuerdos del Gobierno de 15 de noviembre y 15 de diciembre de 1966, ratificados por el Consejo de Ministros de 22 de diciembre del mismo año, se afirma repetidamente por parte española en la primera fase de la Conferencia constitucional y se reitera por la Delegación española en las Naciones Unidas, especialmente ante la IV Comisión de la Asamblea en diciembre de 1967 (100).

Por parte guineana el recurso a la votación popular directa como medio de autodeterminación era visto de dos maneras distintas. El nacionalismo guineano consideraba el plebiscito cuando menos inútil (101); por el contrario, el separatismo de Fernando Poo estimaba que el referéndum separado en cada una de las Provincias era requisito fundamental para la autodeterminación de las mismas (102). Una vez más, la sociedad plural plantea la cuestión del sujeto político que ha de autodeterminarse (103).

En cuanto a las Naciones Unidas, su posición fue adversa a la celebración de un referéndum sobre la cuestión de la independencia, por entender que el pueblo guineano había ya manifestado claramente su deseo (104). Frente a la práctica española de lentos trabajos preparatorios de la autodeterminación, las Naciones Unidas urgieron reiteradamente que se señalase una fecha tope para la independencia sin que España accediese nunca a ello «puesto que el pueblo guineano aún no ha sido directamente consultado» (105).

En vísperas de inaugurarse la segunda fase de la Conferencia constitucional, el referéndum anunciado aparecía, pues, preñado de ambigüedad en cuanto a su alcance. Buena prueba de ello es el Decreto-ley de 17 de febrero de 1968, cuya Exposición de Motivos, tras reconocer «que los representantes del pueblo de Guinea aspiran a completar con la independencia su personalidad política», decide que «ha acordado tomar en consideración las declaraciones formuladas en aquella conferencia sin perjuicio de la ratifica-

ción que en su día habrá de realizar el pueblo de Guinea en una consulta electoral» (106).

Dicha ambigüedad, sin embargo, no podía, lógicamente, mantenerse durante mucho tiempo, y la situación, en cuya infraestructura sociológica y supraestructura política no puede entrarse aquí, evolucionó rápidamente. En efecto, el 29 de marzo de 1968 el Gobierno adopta un acuerdo, hecho público por el ministro de Asuntos Exteriores al inaugurar el 17 de abril la segunda fase de la Conferencia constitucional, en la que se distingue claramente la concesión de la independencia, decidida por el Gobierno español, y la consulta electoral que habría de celebrarse en Guinea sobre materias constitucionales (107). Dicha toma de posición fue reiterada por la delegación española en la segunda fase de la Conferencia, haciendo de la independencia algo irrevocable e independiente de los resultados del referéndum, cuyo objeto parecía ser ya exclusivamente constitucional (108).

La decisión del Gobierno en favor de la independencia sin exigir ya un pronunciamiento formal del pueblo guineano, podía apoyarse en sobrados motivos. De una parte, la constante presencia de peticionarios guineanos en las Naciones Unidas desde 1959, la petición unánime de independencia recibida por la Subcomisión del Comité Especial de los Veinticuatro, que en 1966 visitó Guinea (109), y los resultados de la primera fase de la Conferencia constitucional, cuya «mayoría solicita la independencia total y unitaria para antes del 15 de julio de 1968» (110), parecen ser suficiente aval del deseo guineano de independencia. De otra parte, se impone el criterio, por razones más políticas que jurídicas, de que la descolonización es competencia de la potencia administradora, cuya formación corresponde al orden jurídico internacional, con lo que la actitud de España queda determinada más por sus obligaciones frente a las Naciones Unidas que por los deseos de la población guineana. Así pareció entenderlo el Consejo de Estado español cuando en su consulta sobre el tema afirmaba: «Solamente España tiene competencias, sin perjuicio de que dichas competencias se encuentren internacionalmente regladas, para transformar el estatuto jurídico de territorios de su soberanía», y más adelante: «La independencia de Guinea, decidida en ejercicio de sus competencias por España, como potencia administradora, es un principio ya definitivamente adquirido», mientras que lo que al pueblo guineano se le somete en el referéndum es la aceptación o no aceptación de la Constitución (111).

Sin embargo, aun reducida a estos límites la materia de la consulta electoral, surge una nueva dificultad de los términos de la declaración ministerial de 17 de abril.

Frente a la práctica seguida por los británicos en materia de descolonización –consistente fundamentalmente en fijar una fecha tope para la independencia, comunicada como tal a las Naciones Unidas, sin perjuicio de reservarse exclusivamente todo lo referente al procedimiento y las fases de establecimiento de un Gobierno democrático, la elaboración de una Constitución y la transmisión de poderes– la negativa española a fijar la fecha de la independencia de Guinea Ecuatorial, dio pie a la intervención en estas materias del Comité de los Veinticuatro durante su sesión de febrero y marzo de 1968. La desconfianza del Comité estaba motivada, de otra parte, por el carácter «orgánico» y «corporativo» de las instituciones políticas españolas y guineanas autonómicas, por lo que, y siguiendo los pasos marcados por la Asamblea General, insistiese en la necesidad de que el Gobierno al que se transfiriesen los poderes fuese resultado de unas elecciones celebradas por sufragio universal directo (112). Ello explica que durante los primeros meses de 1968 el Comité citado comenzase a considerar el referéndum como la única garantía de que los textos constitucionales y electorales elaborados en Madrid fuesen de corte democrático. El deseo español «de probar una vez más la limpieza de sus propósitos» (113), dio lugar a la antes citada declaración gubernamental de 29 de marzo, según la cual la Constitución y la ley Electoral elaboradas en la Conferencia constitucional se someterían «a consulta electoral del pueblo guineano por el sistema del sufragio universal de los adultos y bajo la supervisión de las Naciones Unidas».

La puesta en práctica del citado acuerdo ofrecía notables dificultades de orden técnico, referentes tanto al mismo procedimiento de la consulta como a la posición de la ley Electoral, así adoptada en el ordenamiento del nuevo Estado. Respecto de lo primero, todo parecía aconsejar la celebración de un único referéndum; ahora bien, el desglose de la consulta en varias preguntas, a más de la complejidad resultante podría dar lugar a respuestas afirmativas para algunas de ellas y negativas para otras, eventualidad no simplemente teórica, tanto más en el supuesto de un electorado de escasa experiencia y disciplina política como el guineano. Si, optando por la inversa, se planteaban en una sola pregunta los temas de la independencia, la Constitución y el régimen electoral, el referéndum lindaba con lo verdaderamente caricaturesco, comprometiéndose así innecesariamente el carácter «auténticamente democrático» del proceso de descolonización de Guinea Ecuatorial.

El segundo de los inconvenientes técnicos se refería al carácter anómalo de una ley Electoral aprobada por referéndum popular juntamente con la Constitución, puesto que, o bien la ley Electoral se asimilaría al texto constitucional, lo que no era de desear si la Constitución debía ser nada más, pero nada

menos, que una estructura fundamental y estable, o bien las dos perderían en jerarquía, si no jurídica sí política.

Para soslayar los citados inconvenientes sin dejar de cumplir la declaración del Gobierno y los compromisos frente a Naciones Unidas, solamente un procedimiento parecía factible: incorporar a la Constitución guineana las bases de la legislación electoral. De esta manera sería el legislador guineano, quien desarrollase dichas bases de acuerdo al procedimiento previsto en la misma Constitución; sin embargo, ello no obstaba para que las autoridades, españolas promulgasen antes de la independencia una legislación electoral que permitiese constituir las autoridades y asambleas representativas previstas en la Constitución. Ahora bien, esta legislación electoral podía ajustarse ya a las bases acordadas en la Conferencia constitucional, con lo cual, al llegar la independencia y convertirse dicha ley en ley de Guinea, por los principios generales que rigen la sucesión de Estados, el nuevo país se encontraría ya con una Ley Electoral, perfectamente acorde con sus presupuestos constitucionales y que sólo podría ser modificada, si en el futuro los responsables de Guinea lo estimasen conveniente, de acuerdo a los procedimientos establecidos para ello en la Constitución misma.

Tal fue el sistema que prevaleció al final, si bien no faltaron los errores de procedimiento. La declaración española sobre el régimen electoral en la Conferencia constitucional (114) afirma que las disposiciones de la Constitución referentes a las elecciones y la nacionalidad deberían ya aplicarse al referéndum, y ello es manifiestamente insostenible, puesto que el proyecto elaborado por la Conferencia sólo sería Constitución una vez adoptado en dicho referéndum. El régimen por el que éste se rigió no fue previsto en el proyecto constitucional, sino el establecido por la potencia administradora sin perjuicio de que materialmente coincidieran ambos (115). En cuanto a la legislación electoral dictada con ocasión de las elecciones inmediatamente anteriores a la independencia, celebradas en septiembre y octubre de 1968, se trata, claro está, de una norma española en cuanto a su origen, aunque de hecho concorde con las previsiones constitucionales del futuro Estado independiente, y después ya guineana y como tal, esto es como parte del Derecho de Guinea, modificable de acuerdo a lo previsto en la Constitución del nuevo país (116).

B) La solución adoptada, decidida en la Comisión interministerial preparatoria a propuesta de los asesores técnicos de la presidencia de la Conferencia, y que el autor tuvo el honor de exponer al pleno de la misma en su tercera sesión plenaria (117), partía de dos datos ineludibles: la celebración de un referéndum y la conveniencia de mantener la cadena de la legalidad;

pero trataba de conseguir, por las razones políticas y jurídicas anteriormente expuestas, que la Constitución fuera, desde un principio, sólo norma guineana y con una fuente de producción autóctona.

A este fin se ideó una fórmula que, en su primera fase, seguía el modelo anglo-belga, para atenerse después al modelo birmano, aunque sustituyendo la Asamblea Constituyente, cuya reunión y funcionamiento era de todo punto imposible en la Guinea colonial, por el recurso directo al pueblo mediante el referéndum.

En consecuencia, la Constitución fue elaborada en la Conferencia constitucional, en cuyas funciones cabe señalar una progresiva sustantivación. Si en un principio puede considerarse inspirada en las Conferencias constitucionales británicas de carácter exclusivamente informativo y de asesoramiento, y en verdad nunca perdió su naturaleza de tal (118), la presidencia de la misma y la delegación española no dejaron de insistir, durante toda la segunda fase de sus trabajos, en que a ella correspondía elaborar la Constitución y los mismos textos positivos reconocen esta su función redactora (119). Ahora bien, sin perjuicio de atribuirle una tarea de elaboración material, le fue negada toda competencia constituyente formal, reconocida tan sólo al pueblo guineano (120). Como se puso de relieve en la misma Conferencia, la Constitución no debía ser «un acto de decisión del legislador español, esto es, una ley española, sino un acto del constituyente guineano, que será siempre el pueblo de Guinea, a partir de los planteamientos que sus líderes y representantes políticos adopten reunidos en esta conferencia» (121). La conferencia fue, pues, una especie de comité de redacción y sus trabajos pueden considerarse como preparatorios, mientras que la intervención del pueblo guineano mediante referéndum no fue una mera prospección preparatoria, como en el caso de Ghana en 1960, ni el trámite de un procedimiento legislativo complejo, como ocurrió en Filipinas en 1934, ni la sanción que transforma en definitiva una norma provisional, pero ya vigente, como en Somalia en 1961, sino más bien la única decisión constituyente autora de la Constitución.

El proceso formal fue, en sus líneas generales, concorde con estos principios. Siguiendo el parecer del Consejo de Estado (122), la Constitución elaborada en la Conferencia no se presentó a las Cortes Españolas, limitándose el Gobierno a someterla al constituyente guineano (123) y a declarar la decisión de éste (124). En esta perspectiva, y como aval de lo dicho, pueden subrayarse dos hechos. En primer lugar, la Constitución guineana nunca se entendió que fuera una ley española, ley que hubiera contradicho los fundamentos del sistema constitucional español, y por ello ni siquiera se publicó en el Boletín Oficial del Estado (125); por otra parte, la soberanía constituyente que se reconoce al pueblo de Guinea da lugar a que su intervención, introduciendo una

radical solución de continuidad con el sistema anterior, produzca la caducidad del mismo. Por ello las instituciones del Gobierno autónomo cesan tras el referéndum, asumiendo las tareas administrativas, en la etapa transitoria hasta la independencia, el Comisario español (126).

El proceso de independencia fue paralelo, y por ello simultáneo y diferente, del proceso constituyente. Una ley de las Cortes autorizaba al Gobierno para conceder la independencia a Guinea Ecuatorial (127), lo que se hizo en virtud de dicha autorización, mediante Decreto y con exótica fórmula (128). Sin embargo, lo que aquí interesa destacar es la total separación formal de ambos procesos y su simultaneidad, que permitieron cerrar el período constituyente antes de la independencia, con las ventajas antes señaladas y, a la vez, obtener un texto constitucional autóctono, puesto que el ejercicio del Poder Constituyente, reservado en su totalidad al pueblo de Guinea, para nada se apoyaba ni era afectado por la declaración de independencia y la creación del nuevo Estado por las instancias españolas (129). Como afirmara el Consejo de Estado español en su dictamen ya citado, la solución dada «constituye una novedad en la tipología del Derecho comparado, que permite conjugar armoniosamente la plena autoctonía constitucional de Guinea independiente con las responsabilidades asumidas por España como potencia administradora».

CONCLUSIÓN

El anecdotario recogido en las páginas anteriores no cubre más que uno de los supuestos ofrecidos por un cuadro general de la descolonización. En efecto, el nuevo Estado puede nacer por vía de hecho, de manera que su ulterior reconocimiento carezca de efectos constitutivos de acuerdo a la teoría clásica en la materia, y tal sería, por ejemplo, el caso de Indonesia, o bien en virtud de un acto jurídico. A su vez en éste pueden distinguirse diversos subtipos, según se trate de un tratado o un acto unilateral que puede ser ya de la comunidad colonizada, ya del Estado colonizador, ya de un organismo internacional (130). Sin embargo, la independencia de hecho, normal en la disgregación de los antiguos imperios mercantiles, es en la descolonización posterior a 1945 extremadamente rara; la independencia paccionada sólo puede darse cuando la entidad colonizada es de naturaleza estatal como fue el caso de los protectorados internacionales antes citados; y la independencia por decisión de una instancia internacional sólo ha ocurrido, en puridad, en el caso de las colonias italianas y, con modalidades diversas, en los territorios bajo fideicomiso (131). Por el contrario, el supuesto normal al que correspon-

den la inmensa mayoría de los casos es el de creación del nuevo Estado por un acto unilateral del Estado colonizador, acto de cuya naturaleza, interna o internacional, y régimen, discrecional o reglado, no cabe ocuparse aquí, pero que en todo caso supone una relación de creador a criatura.

Esta relación puede graduarse a través de tres fórmulas. La primera, a la que corresponden la práctica británica (salvo en el caso de Birmania), estadounidense en Filipinas, y belga, implica que el nuevo Estado es creado y dotado de una Constitución por la potencia administradora. La vinculación entre creador y criatura es muy estrecha, hasta el punto de que, como de muestra el Derecho interimperial británico, el orden constitucional de los nuevos Estados encuentra su fundamento en el orden de la metrópoli, y en un planteamiento kelseniano de la cuestión, pudiera dudarse si la pirámide normativa no tiene su cúspide, pese a la independencia, en la Constitución británica, a través de las Leyes del Parlamento Imperial (132). La dificultad de cambiar tal situación, una vez establecida, sin recurrir a procedimientos revolucionarios, y la urgencia con que algunos nuevos Estados han vivido la necesidad del cambio, muestra lo erróneo del criterio clásico, según el cual, una vez constituido el Estado, poco importa la vía por la que los individuos que le sirven de órganos hayan adquirido tal capacidad o cualidad (133).

Una segunda fórmula, representada fundamentalmente por el modelo birmano y su variante guineana, si bien hace del nuevo Estado la obra de la potencia administradora, puesto que es ésta la que lo crea como tal Estado, rompe toda vinculación entre el orden constitucional de la metrópoli y el orden constitucional de la colonia independizada, que es obra exclusiva del constituyente autóctono, ya asamblea, ya pueblo.

Por último, la tercera fórmula, a la que corresponde la práctica francesa en los TOM africanos, a la autoctonía constitucional une que el nuevo Estado nace, no en virtud de un acto de la metrópoli, sino de la autodeterminación de la misma comunidad que se constituye en Estado, si bien las bases de la autodeterminación y las consecuencias de la misma son creadas y formalizadas por la antigua metrópoli (134). Por otra parte, el procedimiento utilizado por Francia sólo es viable cuando una asimilación teóricamente completa y el reconocimiento del principio de autodeterminación como base del Estado-nación, hace posible que una misma norma, la Constitución de 1958, fuera autóctona en Francia y en cada uno de los TOM (135).

Esas breves constataciones de hecho permiten obtener ciertas conclusiones teóricas referentes a tres cuestiones diversas: la teoría clásica del nacimiento del Estado; la teoría del Poder Constituyente y la noción misma de descolonización.

Respecto de la primera, tres eran las tesis medulares de los autores clásicos en la materia: la facticidad del Estado, su carácter originario y la vinculación entre nacimiento del Estado y proceso constituyente. Sin embargo, el somero análisis realizado demuestra que la mayoría de los nuevos Estados nacen en virtud de un acto jurídico, ya de procedencia interna, como es el caso de las leyes británicas, belgas y americanas o españolas, ya, lo que es más raro, de orden internacional, en supuestos que no hemos considerado aquí.

Ahora bien, Kelsen y la Escuela de Viena, y, desde otros supuestos, Anzilloti, habían ya negado la facticidad del nacimiento del Estado en pro de su regulación por el Derecho internacional, pero ello supone dos tesis absolutamente ajenas a los resultados del análisis realizado. En primer lugar, la calificación de un hecho por el Derecho internacional no supone para Kelsen que el orden derivante «proceda a la creación del mismo (Estado) en su existencia natural, cuando lo que acontece es que le toma como es y le imputa una consecuencia jurídica» (136); por ello, en segundo término, la determinación del nacimiento del Estado por el Derecho internacional se da para Kelsen en el plano de la acronía lógica de un sistema, es decir, en la Teoría Pura del Derecho y del Estado, de evidente filiación kantiana. Por el contrario, las conclusiones a que hemos llegado suponen que el acto jurídico que crea el Estado no califica un hecho natural ya existente, sino que produce el hecho y por ello la relación de determinación entre el orden derivante y el orden derivado, especialmente importante en cuanto a la génesis de la Constitución, se da en la diacronía de la historia jurídica. Evidentemente hacer de este resultado empírico un argumento contra la teoría pura, sería tanto como impugnar las tesis kantianas del origen trascendental del conocimiento a partir de los nuevos hallazgos psicológicos en torno al comienzo experimental del conocer.

Al negar la facticidad empírica del nacimiento del Estado, se niega también su carácter originario, de manera que no será ya imposible buscar más allá de la aparición de un Estado los fundamentos jurídicos del mismo. Las dificultades para alcanzar la autoctonía constitucional provienen esencialmente de que dichos fundamentos se imponen por sí solos.

En cuanto a la identificación del nacimiento del Estado y su proceso constituyente, cuya última raíz se encuentra en la fundamentación de ambos en el principio de autodeterminación, su consideración exige tratar, aunque sea brevemente, el problema del Poder Constituyente. Si tomamos como ejemplo la exposición clásica de Carré de Malberg (137), resulta que las alteraciones de la Constitución se producen de dos maneras. Hay, de una parte, cambios violentos llamados, según los casos, revoluciones o golpes de Estado, y en los cuales la Constitución resultante no será producida de acuerdo a lo previsto en

la Constitución anterior. Hay de otro lado, la revisión de la Constitución que, cualquiera que sea su importancia, deberá tener lugar de acuerdo a las reglas establecidas en la Constitución anterior. En el primer caso, la cuestión del Poder constituyente es una mera cuestión de hecho intematizable jurídicamente «car, il n'y a point place dans la science du Droit Public pour un chapitre consacré a une théorie juridique des coups d'Etats ou des revolutions...» En el segundo supuesto se puede, propiamente, afirmar que no existe órgano constituyente, sino solamente órganos constituidos.

Llevando estas categorías sobre los datos antes expuestos, resulta que, sin abandonar el campo de la legalidad, encontramos frecuentemente un constituyente originario, anterior al Estado mismo y, por tanto, a toda previa constitución de éste, no sólo en los casos en que otro Estado, la potencia administradora, ejerce el Poder Constituyente, sino cuando el pueblo o una Asamblea, cuerpo soberano, adopta una Constitución. Por otra parte, se observa que la simple revisión constitucional no responde a la problemática de la autoctonía, sin que la lucha por ésta suponga «buscar los principios constitucionales fuera de las constituciones positivas» (138): los ejemplos indio y ghanés son, en este caso, especialmente significativos. De lo dicho resulta que el esquema clásico resulta insuficiente y al constitucionalista se le ofrece la posibilidad de investigar el origen absoluto de la Constitución, esto es el verdadero Poder Constituyente. De los datos reunidos parece deducirse que este origen absoluto que trasciende la mera revisión constitucional sólo se encuentra en la soberanía popular. La plena autoctonía se da allí donde el pueblo directamente, o simbólicamente «en» una Asamblea constituyente de tipo convencional, adopta una Constitución, por la razón de que la soberanía popular introduce una solución de continuidad en el orden constituido. Cuando no se recurre a la soberanía popular para hacerla fuente formal de la Constitución, el resultado es perderse en una serie de remisiones sin fin, hacia un origen inalcanzable (139).

Volviendo al tema de la relación entre creación del Estado y proceso constituyente abordamos un punto de interés para la teoría de la descolonización. La doctrina clásica identificó uno y otro momento, porque hacía del Estado fruto del principio de autodeterminación y a la vez consideraba que este principio se manifestaba en la decisión constituyente. La misma doctrina sobrevive en las dos interpretaciones clásicas que se dan de la descolonización como deber de la potencia administradora y como derecho de los pueblos descolonizados. No es posible abordar en estas líneas la problemática que supone optar por una de ambas posiciones, pero una vía de solución puede apuntarse al rechazar el principio común que pervive en ambos términos de la alternativa y que constituye la raíz de su oposición. Que la creación

del Estado no depende formalmente en la mayoría de los supuestos más que de la competencia de la potencia administradora ha quedado sobradamente puesto de relieve, e incluso se ha excluido la posibilidad de declaraciones unilaterales de independencia (140). Es la metrópoli la habilitada, en las condiciones establecidas por el ordenamiento internacional, para dar a luz el nuevo Estado, y ello tiene lugar normalmente por un acto unilateral (verbigracia, la ley española de 27 de julio de 1968), y, por tanto, puede decirse que la independencia de los territorios no autónomos pueden constituir un deber de la potencia administradora. Por otra parte, la lucha por la autoctonía y los supuestos en que ésta se consigue a través de la intervención de la soberanía popular, muestran que la Constitución es la expresión de la autodeterminación en cuanto contiene la decisión sobre el modo y la forma de la propia existencia política (141). Ello permitiría afirmar que el ejercicio del Poder Constituyente sobre sí mismo es un derecho de los pueblos.

NOTAS

(1) REHM: *Alligemeine Stdatslehre, Handbuch, des off. Rechts,* I, 1899, p. I.

(2) Sobre los eventuales abusos del pensamiento dogmático (entendido en el sentido de VIEHWEG: *Studium Generale,* 1958, pp. 354 y ss.), cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pp. 189 y ss., Cuya posición tiene validez para el Derecho constitucional comparado.

(3) Cfr. *Lehre von den Staatenverbindungen,* 1882, pp. 262 y ss.

(4) CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la theorie generale de l'État,* 1, 1920, p. 62. Tal es la doctrina usual de autores como STRUPP, CAVAGLIERI, o, desde una perspectiva bien diferente, LE FUR. Por todos, cfr. ERICH: «La naissance et la reconnaissance des Etats», *Rec. des Cours*, 1926. III. p. 442.

(5) CARRÉ DE MALBERG: *Op. cit.,* p. 64.

(6) ESMEIN: *Elements de Droit Constitutionnel,* 5. 4 ed., p. 351.

(7) ERICH: *Op. cit.,* pp. 443, 450-451. ERICH cita el ejemplo de la constitución prevista para Dantzig por el artículo 103 del Tratado de Versalles.

(8) Cfr. DUCLOS: *La notion de constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée constituante de 1789,* París, 1932.

(9) CARRÉ DE MALBERG: *Op. cit.,* p. 65. Desde otra perspectiva, pero atendiendo también a la forma de institucionalización del Poder que es el Estado, puede afirmar G. BURDEAU: «Et cette formation de l'État se concretise dans un acte juridique, qui est la constitution» *(Traité de Science Politique,* II, 1949, p. 208).

(10) Cfr. SCHMITT: *Teoría de la Constitución,* trad. esp., 1934, pp. 109 y ss., sobre la noción de «destrucción». Los ejemplos bien conocidos son los casos de Francia en 1794 y Rusia soviética en 1922.

(11) Tal es el caso de Israel, en el que se sucedieron dos acciones plenamente independientes entre sí: la *Palestine Act,* de 15 de mayo de 1948, mediante la cual el Parlamento Británico disponía el cese de la Administración británica en Palestina; la creación del Estado de Israel por el Consejo Judío Provisional de Gobierno, mediante la declaración de 14 de mayo de 1948 (cfr. *Materials on Succession of States,* ST. LEG. SER. B. 14, p. 39). La Ley británica no crea, como en otros casos, un nuevo Estado, verbigracia: *Indian Independence Act.,* 1947, sec. I, o *Burma Independerice Act.,* 1948, sección I, sino que establece simplemente que, a partir del 15 de mayo, «all jurisdiction of H. M. in Palestine shall termínate and H. M.

Government in the United Kingdbm shall cease to be responsible for the government of Palestine». Por su parte, la proclama del Consejo Judío (cfr. *Laws of the State of Israel,* Tel-Aviv, 1948, pp. 3-7) «establece el Estado judío de Palestina, que se llamará Israel», con una fórmula de autoctonía especialmente dura y a partir de la cual se convalida provisionalmente el Ordenamiento jurídico, entonces existente, se organiza el Gobierno provisional del Estado y se afirma la absoluta originariedad de Israel en el plano de la sucesión (cfr. *Materials...., cit.* pp. 40-41.

(12) ROUSSEAU; *Tratado de Derecho Internacional Público,* trad. esp., 1957; p. 278.

(13) CARRÉ DE MALBERG: *Op. cit.,* II, 1922, p. 490.

(14) Cfr. *Études de Droit Public, II; L'État...,* 1903, pp. 51, 52. 78.

(15) *Traité de Science Politique,* III, 1950, p. 203.

(16) Cfr. SCHMITT: *Teoría,* p. 96.

(17) Por todos, cfr. la obra clásica de DAWSON: *The Development of Dominion Status,* 1937 (reimpresión, 1965).

(18) Londres, Macmillan, 1929.

(19) Así COWEN cfr. WHEARE: *The Constitutional Structure of the Commonwealth,* 1960, p. 110.

(20) Cit. MANSERGH: *Speechs and Documents on British Commonwealth* 1952-1962, Londres, 1963, p. 295. Esta motivación «xenófoba» explica la frecuente vinculación de la lucha por la autoctonía, con las aspiraciones republicanas de la nueva Commonwealth. Así, en el caso indio: «India is bound to be sovereing and is bound to be republic... If it is to be an independent and sovereing state we are not going to have an external monarch...» (Nehru, 13-12-1946, en *Indian Constitucional Assembly Deb.,* vol, 1, núm. 5, páginas 57.61, cit. MANSERGH: *Speechs and Documents...,* II, p. 656). El texto de KRUMAH, citado, pertenece a la presentación ante el Parlamento de una moción republicana, y lo mismo pulde decirse de Tanganyka (cfr. MANSERCH: *Speechs and Documents...,* 1952.1962, p. 304). Cfr. JENNINGS; *Problems of the New Commonwealth,* Durham, 1958.

(21) Cfr. WHEARE: *Constitucional Structure...,* cit., chap. 4; K. ROBINSON: *Constitucional Autochthony in Ghana*, «Journal of Commonwealth Political Studies», 1961, 1, página 41; K. ROBERTS-WRAY: *The Legal marchiney for transition from dependence to independence,* en ANDERSON (ed.): *Changing Law in Developing Countries,* Londres, 1964, pp. 60-62.

(22) Cfr. BRYCE: *Studies in History and Jurisprudence,* II, p. 57.

(23) Cfr. WHEARE *Op. cit.,* pp. 108 y ss. Sobre la noción de «mutación», confróntese LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, trad. esp.. 1965, p. 164. Respecto del problema canadiense citado a guisa de ejemplo, *British North America Act.,* 1967, sec. 9t, *British North America Act* (núm. 2), 1949. Ahora el ensayo n.º 6 de este volumen.

(24) Cfr. SCHMITT: *Teoría,* pp. 86 y ss. Sobre la decantación histórica, cfr. DUCLOS: *La notion de constitution,* cit., y, en general, G. BURDEAU: *Traité,* III, 1950, páginas 49 y ss.

(25) Cfr. LOEWENSTEIN: *Teoría,* pp. 222-231. Un buen ejemplo fue el de Túnez. donde la reivindicación nacionalista se identificó y redujo a la reivindicación constitucional (cfr. TOURNAU: *L'evolution. poIitique de l'Afrique du nord musulmane,* 1920-1961. París, 1962, pp. 58 y ss.), y su triunfo tiene lugar a través de un proceso constituyente (cfr. DEBBASCH: *La Repubique Tunisienne,* París. 1962, pp. 41-42 y 46). A través de los movimientos nacionalistas liberales del Oriente Medio, como los de Egipto y Persia, no parece imposible remontarse a la identificación de nacionalismo y constitucionalismo en la Europa del siglo XIX.

(26) Cfr. por todos, EMERSON: *From Empine to Nation,* Cambridge (Mass.), 1962. El carácter funcional del constitucionalismo, respecto del nacionalismo con referencia a los países descolonizados lo he puesto de relieve en otros lugares; v. gr., en «Revista Española de Derecho Internacional», XIX (1966), 2, pp. 3-37. (1965).

(27) Tal fue el caso de Ghana en 1960. Cfr. TIXIER: *Le Ghana,* París, 1965, pp. 53 y ss.

(28) Sobre la importancia de la constitución en diversas prácticas coloniales, confróntese G. FISCHER: *La Décolonisation et le rôle des traités et des constitutions,* AFDI, 1962, pp. 809 y ss.

(29) SCHMITT: *Teoría,* pp. 41 y ss.

(30) Cfr. S. A. DE SMITH: *The new Commonwealth and its Constitutions,* Londres, 1964, pp. 38 y ss.

(31) Sobre la exportación del *Westminster Model,* cfr. S. A. DE SMITH: *The New Commonwealth and its Constitutions,* cit., pp. 77 y ss. En cuanto a la evolución de las estructuras constitucionales coloniales, la serie de monografías sobre los Consejos Legislativos, editadas por M. PERHAM y encabezadas por WIGHT: *The Development of Legislative Council,* 1606-1945, Londres, 1954. Una esquematización de los sistemas en WIGHT: *British Colonial Constitutions,* Oxford, 1952, p. 40.

(32) Cfr. ROBERTS-WRAY: *The Legal Machinery...* cit., pp. 43 y ss. Así, verbigracia, respecto del caso de Ghana, cfr. «Journal of African Law», 1 (1957), pp. 99-112.

(33) JENNINGS y YOUNG: *Constitutional Laws of the Commonwealth,* Londres, 1952, p. 41. A veces, la preparación de la redacción de los instrumentos constitucionales se encarga a importantes Comités; así, en el caso de Malaya, Cmnd 7.171/1947, parágrafos 4-9, y Cmnd 210/1957, parágrafos 1-2, y en Malasia, Cmnd 1.794/1962, App. F. y Cmnd 1.954/1963.

(34) HOOD-PHILLIPS: The making of a colonial constitution, *Law Quarterly Review,* 1955, pp. 51-78. Cfr. ELIAS: *British Colonial Law*, Londres, 1962, pp. 47 y ss. A veces, la constitución colonial prevé ella misma la reunión de este tipo de conferencias como instrumento de la evolución constitucional; tal es el caso del texto federal de Rhodesia y Nyasaland de 1953 (art. 99) y del de las Indias Occidentales de 1957 (art. 118).

(35) Cmnd. 1.360, p. 9.

(36) Cmnd. 1.887, p. 20.

(37) Cmnd. 2.365, p. 4..

(38) Cfr. DUMONT: *La Table Ronde belgo-congolaise,* París, 1961.

(39) Cfr. *Chronique de Politique Étrangère,* XIII (1960), 4-6, pp. 48o y ss. El procedimiento constituyente se establece expresamente en la Ley Fundamental (artículos 85-105), y se atribuye al Parlamento Nacional y a las Asambleas provinciales, con exclusión de toda intervención popular directa.

(40) Cfr. DABIN: *L'Elaboration du project de constitution* «Etudes Congolaises», VI (1964), 2, pp. 27-38.

(41) 1949, *H. C. Deb,* 59, col. 42,

(42) WHEARE: *Op. cit.,* p. 95.

(43) Ib., pp. 91 y ss.

(44) Sobre la revolución así entendida, cfr. BURDEAU: *Traité,* III, 1950, pp. 213 y ss.

(45) Cfr. SCHMITT: *Teoría,* p. 96.97, et infra.

(46) V. gr., Nigeria (1963): «We the people of Nigeria by our representatives here in Parliament assembled do hereby declare, enact and give to ourselves the following constitution».

(47) Cfr. *Federation of Pakistan vs. Moulvi Tamituddin Khan,* PLR, 1956, WP, página 306 (texto y comentario en JEMINGS, *Constitucional Problems in Pakistan,* Londres, 1957, pp. 79-238).

(48) *Constitution of Uganda (First Amendment) Act* 1963 (núm. 61, 1963). El nuevo texto provisional Ugandés del 15 de abril de 1966 es marcadamente autóctono, más que por el tono de su preámbulo («... We the people of Uganda resolve and is hereby resolved...»), por su carácter revolucionario que supone la ruptura con la legalidad constituida [cfr. *Chronologie Politique Africaine,* 7 (1966), 1, pp. 87-90, y 2, pp. 82-86] *The Constitution of Kenya (Amendment) Act* 1964. Cfr. SINGH: *The Republican Constitution of Kenya, ICLQ,* 14 (1965), 3, pp. 926.928.

(49) «In humble submission to Almighty God, Who controls the destinies of nations and the history of peoples; Who gathered our forebears together from many lands and gave them this their own; Who has guided them from generation to generation; Who has wondrously delivered them from the dangers that beset them; We who are here in Parliament assembled, DECLARE that whereas we/ARE CONSCIOOUS of our responsibility towards God and man; /ARE CONVINCED OF THE NECESSITY TO STAND UNITED/To safeguard the integrity and freedom of our country; To secure the maintenance of law and order; To further the contentment and spiritual and material welfare of all in our midst; /ARE PREPARED TO ACCEPT our duty to seek world peace in association with all peace, loving nations; and ARE CHARGED WITH THE TASK of founding the Republic of South Africa and giving it a constitution best suite to the traditions and history of our land: BE IT THEREFORE ENACTED by the Queen's Most Excellent Majesty, the Senate and the House of Assembly of the Union of South Africa, as follows» *(Act to constitute the Republic...,* núm. 32, 1961).

(50) Así refiriéndose a la sanción real de la *Constitution of the Federation* (núm. 20 de 1963), afirma ELIAS: «the final act is not legally foreign to Nigeria: by this last act as Queen of Nigeria... H. M. was for this purpose Queen not of the United Kingdom but of Nigeria» (Nigeria, *The development of its laws and Constitution,* Londres, 1967, pp. 120-121).

(51) Para una discusión del problema, por todos, WHEARE: *The Status of Westminster and Dominion Status,* Oxford, 1953. Cfr. O'CONNELL: *Tre Crow in the British Commontwealth, ICLQ,* 6 (1957), p. 103.

(52) *India Independence Act,* 1947, sets. 6 (2) y 8 (1).

(53) Ib., sets. 5 y 6 (3).

(54) Cfr. WHEARE: *The constitutional structure...,* p. 96, destaca la ficción simbólica de esta expresión.

(55) Cfr. MANSERGH: *Speechs and Documents...,* II, pp. 648 y ss.

(56) CH. WHEARE: *The constitucional...,* p. 98.

(57) Cfr. ANSON: *The Law and Custom of the Constitution* (4.ª ed., Keith), Oxford, 1953. I, pp. 323, 334. En el caso indio, la sanción corresponde al Gobernador, porque junto con la Asamblea, compone la legislatura *(Government of India Act,* 1935, sec. 18-I), puesto que ésta, como el Parlamento, «es más un acto que una institución» (JENNINGS, *Parliament,* Cambridge, 1939, pp. 2-3).

(58) *Indian Independence Act* 1947, sec. 5.

(59) WHEARE: *The constitutional...,* pp. 96-99, considera tal eventualidad como posible, aunque se inclina por extender a la India la interpretación dada por la jurisprudencia pakistaní, ya citada, a la *Indian Independence Act* 1947.

(60) Cfr. SCHIMITT: *Teoría,* pp. 113-114. Por la misma razón, la abrogación de la *Indian Independence Act* 1947 no es una solución de continuidad, puesto que la competencia para tal abrogación viene dada por la misma Ley y el *Status of Westminster* 1931. Lo mismo puede decirse de los otros Estados de la Commonwealth.

(61) *Ghana (constitution) Order in Council,* 1957, sec. 42.

(62) Ibid. sec. 32; *Ghana Independence Act,* 1957, First Sch. Paragrafh. 2 y 6. *Constitution (repeal of restriction) Act,* 1957, 38.

(63) Cfr, K. ROBINSON: *Constitutional autochtony in Ghana,* cit., y también BENNION: *Constitutional Law of Ghana,* Londres, 1962, cap. 2.º, para un planteamiento teórico de la cuestión.

(64) *Constitution (Amendrnent) Act,* 1962, núm. 1; *Constituent Asentbly Act,* 1962, número 66; *Constitution (C. A. Act,* núm. I). Cfr. MC AUSLAN: *The Republican Constitution of Tanganyka, ICLQ,* XIII (1964), 2.

(65) «WE THE PEOPLE OF GHANA, by our Representatives gathered in this our Constituent Assembly, IN EXERCISE of our undoubted right to appoint for ourselves the means whereby we shall be governed..., DO HEREBY ENACT and give to ourselves this constitution» (Preámbulo).

(66) No parece, por tanto, exacta la interpretación de GONIDEC: *Les droits africains. Evolutions et sources,* París, 1968, p. 87.

(67) Análogo procedimiento parece que tiende a seguirse en Rhodesia para el establecimiento de la República secesionista, sin duda por influencia sudafricana. La timidez de la intervención popular se hace aún más evidente en Malawi, donde, al decir del doctor Banda, con la reforma constitucional de 1966 el Parlamento no hace sino legalizar («puting into legal form») la decisiones populares expresadas en la Convención del Malawi Congress Party (citado por S. ROBERTS: *The Republican Constitution of Malawi, Public Law,* 1966, p. 305, nota 5). Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esto quiere decir que el Parlamento es la única autoridad formal que interviene en el procedimiento de reforma, con exclusión de todo recurso, también formal, a la soberanía popular. Algo bien distinto es que el Parlamento actúe dominado por un partido mayoritario, que se inspire en los deseos de la opinión pública que le apoya.

(68) Cfr. S. I., 1964, núm. 1.652; S. I., 1966, núm. 1.171; S. I., 1966, núm. 1.172, y 5. I., 1968, núm. 1.377, referente a Zambia, Botswana, Lesotho y Swazilandia, respectivamente. En el caso de Chipre, la elaboración material de la constitución, mediante un acuerdo internacional ajeno a toda intervención británica, el de Zurich de febrero de 1959 (cfr. Cmnd. 679, 1959), no impidió que formalmente la constitución fuera promulgada y adquiriese fuerza de tal mediante una «Order in Council» (cfr. S. I., 1960, número 1.368, y Cmnd,, 1.093, 1960). El caso malayo es especialmente nebuloso (confróntese WHEARE: *The Constitutionai Structure...,* pp. 106-107). La soberanía de los Estados malayos se mantuvo a través de toda la fase de protectorado y dio lugar a una génesis convencional de la constitución de la independencia (cfr. *P. Deb. Com.,* vol. 573, col. 633), constitución ratificada por la Legislatura federal y la de cada uno de los Estados malayos. Sin embargo, una Ley imperial, la *Federation of Malaya Independence Act* (5 y 6, Eliz., 2, cap. 60), previó que, tras obtener dichas ratificaciones, «H. M. may direct that the said Federal Constitution shall have the force of law within the said Settlements and, so far as She has jurisdiction in that behalf, elsewhere within the Federation...». Sobre las ambiguas palabras subrayadas, la Reina, en Consejo, dictó una Orden (S. I., 1533), que ponía en vigor la constitución federal (First Sched.). El problema no se presenta respecto a Pennag y Malacca (Ibid. Second and Third Sched.), ni en Sabah, Sarawak y Singapore (S. I.. 1963, núm. I, 493), donde la única soberanía era de la Corona. La constitución de Malasia (cfr. *Malaysia Act* 1963, F. 26, 1963) fue formalmente una revisión de la constitución federal de Malaya de 1957, ajena a la *Malaysia Act 1963 británica* (Elz., 2, 1963, cap. 35), pero no al Parlamento Imperial a través de la *Federation of Malaya Independence Act* 1957 e instrumentos constitucionales consecuentes. Por ello, ni la constitución de Chipre, ni la malaya de 1957 ni la malásica de 1963, ni, la del hoy independiente Singapur, pueden considerarse autóctonas.

(69) Cfr. G. FISCHER: *Un cas de decolonisation: Les Etats Unis et les Philipines.* París, 1960.

(70) 1) Instrucción presidencial, 7-IV-1900; 2) Philippine Bill 1902 (Act of the USA Congress of July 1, 1902), 3) Jones Law 1916 (Act of the USA Congress of August 24, 1916; 4) Tydings-Mc Duffie Act 1934.

(71) *Tydings-Mc Duffie Act,* sec. 3.

(72) Cfr. SCHMITT: *Teoría,* p. 86.

(73) Cfr. MIRKINE-GUETZÉVITCH: *Droit Constitutionnel International,* París, 1933, pp. 40 y ss. o más recientemente el caso eritreo (Cfr. A. SCHILLER: Eritrea: Constitution and federation with Ethiopia. *American Journal of Comparative Law,* II, 1953, pp. 375 y ss.).

(74) Para los datos concretos de esta evolución y una indicación bibliográfica, cfr. LUCHAIRE: *Droit d'Outre-mer,* París (Themis), 1967 y ediciones posteriores.

(75) Cfr. GONIDEC: *L'evolution des Territoires d'outre-mer depuis 1946,* París, 1958.

(76) Cfr. GONIDEC: *La republique autonorne de Togo,* París, 1958.

(77) Cfr. LACOUTURE: *Togo. Etat pilote,* Paris, 1963.

(78) Cfr. GONIDEC: *Droit d'Outre-rner,* París, 196o, 1, pp. 462 y ss.

(79) Ibid, p. 472.

(80) Cfr. P. LAMPUÉ: *Les constitutions des etats africains d'expression francaise,* «Revue Juridique et Politique», XV, 1961, 4, p. 516 sobre el carácter proto-parlamentarjo de estos textos. Sobre la función de los partidos en este punto, véase por todos la magistral obra de R. SCHACHTER MORGENTHAU: *Political Parties in French-Speaking West Africa,* Oxford, 2.ª ed., 1967. En cuanto a la función de las Asambleas, la historia constitucional puede hacer luz, verbigracia, cfr. GREENE: *The Quest for Power. The Lower Houses of Assembly in the Southern Royal Colonies 1685-1776.* Chapel Hill, 1963.

(81) Cfr. GONIDEC: *Droit d'Outre-mer II,* pp. 138-143 y 154 ss. «Cette Communauté, France la propose personne n'est tenu. d'y adhérer» (DE GAULLE, cit. GONIDEC: *Cours d'institutions publiques africaines el malgaches,* «Les Cours de Droit», 1966-67 p. 81), comentario «cuasi» auténtico al art. 1 de la Constitución de 1958.

(82) V. gr. J. O. MADAGASCAR, 18 Oct. 1958, Loi const., núm. 1.

(83) Sobre la elaboración y promulgación de estas constituciones, cfr GONIDEC: *Les Droits Africains,* cit. p. 73 y ss.

(84) Cfr. FISCHER: *L'independence de Guinée et les accords Franco-Guineans,* AFDI. 1958, p. 711 y ss.

(85) Tal es el sentido de la refutación de la tesis francesa de la co-soberanía, cfr. GONIDEC: *Droit d'Outre-mer,* 1, pp. 398 y ss. En realidad el protectorado no se ha revelado como un régimen transitorio y preparatorio de la anexión (DESPAGNET: *Essai sur les protectorats,* París, 1856), sino como un sistema que ha permitido conservar la plena personalidad estatal y autonomía del protegido, que, al cesar el «control» del protector ha recuperado la plenitud y exclusividad de su competencia. Cfr. FLORY: *La notion de protectorat et son evolution en Afrique du Nord,* París, 1955.

(86) Así, en Camboya el protectorado iniciado en 1863, reestructurado por tratado en 1884 y mantenido por el *modus vivendi* de 7-I-1946 no desaparece hasta la convención franco-Khemer de 8-XI-1949 y la plena independencia no se alcanza hasta 1953 sin perjuicio de que el Rey otorgue una constitución el 6-V-1947, Análogamente, en Laos el protectorado iniciado en 1853 y mantenido en el *modus vivendi* de 27-VIII-1946, no desaparece hasta la convención franco-laosiana de 19-VII-1949, mientras que la constitución de la monarquía data de 1947. La transformación de la Asamblea Consultiva en soberana en Camboya en 1947 no fue sino una reivindicación de autoctonía, frente a los trabajos del comité franco-Khemer (Cfr. LACHÈ: *L'evolution du statut du Cambodge,* París. Thèse, 1948 passim).

(87) En Túnez, único protectorado norteafricano donde podría plantearse el problema, la Constituyente rompe con el D. beylical de convocatoria de 6-I-1956 y actúa como cuerpo soberano (cfr. DEBBASCH: *La Republique Tunisienne,* cit., p. 46). En Marruecos las constituciones datan de 1962.

(88) Burundi, independencia de 1-VII-1962 y constitución de 16-X-1962. Más claro aún es el caso de Ruanda independiente, el 1-VII-1962, y cuya constitución de 24-XI-1962 no hizo sino ratificar lo acordado tras el golpe de Estado de Gitarama, el 26-I-1961, sancionado mediante plebiscito. Cfr. *Chronique de Politique Étrangère,* XVI (1963), número 46.

(89) Cfr. LONGRIGG: *Iraq 1900 to 1450,* Londres, 1953, pp. 148-153. Sin embargo, los mandatos A, aparente tierra de elección de la autoctonía constitucional, no alcanzan ésta en los demás casos. En Jordania, la Constitución de 1928 fue otorgada por el Emir, en cumplimiento del artículo 2 del Tratado anglo-transjordano de 20-II-1928 y en ejercicio de las competencias que en él delegara Su Majestad Británica (cfr. M. Barondi: *Les Problèmes juridiques concernant l'administration des comu-*

nantes saus mandat, Genève, 1949, pp. 107 y ss.). En Siria y Líbano, las respectivas constituciones de 1930 y 1924 no son evidentemente autóctonas (Ib., pp. 117 y ss.), si bien la supresión solemne del artículo 116 por la Asamblea siria de 1943 podría considerarse una solución de continuidad suficiente para alcanzar la autoctonía. En cuanto a los territorios sometidos a régimen de fideicomiso no puede señalarse un criterio general. Así, Togo y Camerún fueron dotados por Francia de Estatutos que, si garantizaban la autonomía, incluso constitucional, excluían la autoctonía (cfr. GONIDEC: *Droit d'Outre-mer,* II, pp. 118-119); pero mientras Togo se limitó en un primer momento a modificar el texto de 30-XII-1958 (cfr. Ley núm. 60-10, de 22-IV-1960, J. O. T. de 25-IV-1960, p. 1) antes de acceder a la independencia (27-IV-196o), el Camerún adoptó, mediante referéndum (21-11-1960), un texto constitucional, después de acceder a la independencia (1-I-1960). Cfr. D. 60-1 bis, de 14-I-1960 (J. O. C. de 3-II-1960, p. 13).

(90) Para una descripción del proceso, cfr. *Chronique de Politique Etrangere,* XIV (1961), 1.3, pp. 292 y ss., y 298 y ss., respecto de Somalia y para Birmania, MAUNG MAUNG: *The Burma's Constitution,* La Haya, 1961.

(91) Cfr. Acuerdo de 27-I-1947, Cmnd 7.029, en MANSERGH: *Speech and Documents,* II, p. 766.

(92) *VI Geo,* Ch. 3, cfr. MANSERGH: *Loc. cit.,* pp. 779 y ss. Sobre las elecciones de la Asamblea, cfr. *Survey of International Affairs,* 1947-48, p. 443.

(93) V. gr., Ordenanza de 27-VIII-1938, Ley de 30-VII-1959, Ley de 20-XII-1963, Decreto de 3-VII-1964. Respecto de la legislación propia de aquellos territorios durante la Administración española, cfr. las recopilaciones de A. MIRANDA JUNCO: *Leyes Coloniales,* Madrid, 1945; J. M. DE LA PEÑA y GOYOAGA: *Legislación Colonial,* Madrid, 1955; A. FRAILE y ROMÁN: *Legislación Regional,* Madrid, 1961: y A. E. MILLÁN LÓPEZ: Legislación de Guinea Ecuatorial, Madrid, 1967.

(94) Cfr. arts. 17, I, c), y 17, 2, del texto articulado de 1964.

(95) Falta todavía un buen estudio sobre la dinámica política de la Guinea autónoma.

(96) Cfr. Actas de la Primera Fase de la Conferencia Constitucional (citaremos CCPF), 4.ª sesión de la Comisión Política, pp. 39 y ss. (señor GORI MOLUBELA), y Actas de la Segunda Fase de la Conferencia Constitucional (citaremos CCSF), 7.ª sesión pp. 22 y ss. (señor GORI MOLUBELA), entre otras muchas.

(97) El Gobierno español y sus representantes en la Conferencia Constitucional entendieron que «España previó que la Asamblea General pudiera ser un cauce de reforma legislativa, pero jamás dijo España que las posibilidades de reforma de las estructuras políticas de Guinea pasasen exclusivamente a los órganos representativos de la autonomía» (declaración presidencial, CCPF, 5.ª sesión de la Comisión Política, p. 42).

(98) Cfr. CCSF, 2.ª sesión, pp. 11-14 (señor NDONGO). Relaciónese con la petición, por parte del mismo señor NDONGO, de la convocatoria de una Asamblea Constituyente en CCPF, 5.ª sesión de la Comisión Política, pp. 20 y 26-27. Esta declaración es especialmente importante por ser a la sazón Atanasio NDONGO el indiscutible caudillo del nacionalismo guineano en su reivindicación por la independencia.

(99) Una relación de textos especialmente autorizados en los discursos inaugurales de ambas fases de la Conferencia por el Ministro de Asuntos Exteriores. Cfr. CASTIELLA: *España y la Descolonización,* Madrid, 1967.

(100) 0Cfr. CCPF, 1.ª sesión plenaria, p. 18; 2.ª sesión plenaria, p. 26: 5.ª sesión de la Comisión Política, p. 43.

(101) 1Cfr. CCPF de la Comisión Política, 1.ª sesión, p. 29 (señor GRANGE); 2.ª sesión, p. 3 (señor NGOMO), y 6.ª sesión, p. 19 (señor EÑESO). Nada significan en contra las confusas palabras del señor ECONG (4.ª sesión, p. 5) o MBA (7.ª sesión, p. 16), en que el referéndum se concibe polémicamente con efecto confirmatorio.

(102) 2Cfr. CCPF, 1.ª sesión de la Comisión Política, p. 11 (señor GORI); 3.ª sesión, id., p. 4 (señor JONES); 8.ª sesión, id., pp. 1-13 (señor COPARIATE), entre otras muchas. Durante la segunda fase se repitieron las mismas tomas de posición por parte de los isleños. Sirven de ejemplo entre los documentos incorporados a las actas los titulados «Primera Sugerencia que presenta el Consejero Nacional, don Alfredo JONES, a los Puntas Básicos para un borrador de Constitución de Guinea Ecuatorial, integrada por la asociación de Fernando Poo y Río Muni, de 23-IV-1968, el escrito dirigido por un grupo de representantes de Fernando Poo al Excelentísimo señor Presidente de la Conferencia de 8 de mayo de 1968 y el escrito elevado a la Jefatura del Estado (cfr. CCSF, 7.a sesión, pp. 55-56, anejo 1.º).

(103) EMERSON: *From Empire to nation,* pp. 329 y ss. Cfr. NICHOLSON: *Self Government and Communal Problem,* Londres, 1944.

(104) Cfr. Res. 2.355 (XXII), de 19 de diciembre de 1967, y A/AC 109/289.

(105) Reserva formulada por la delegación española al explicar su voto favorable a Res. 2.355 (XXII).

(106) Cfr. Boletín Oficial del Estado de 19-II-1968, p. 1.

(107) «El Gobierno español reafirma hoy el propósito de conceder en 1968, y en la fecha más próxima posible, la independencia de Guinea Ecuatorial como una unidad política, sin perjuicio de salvaguardar la personalidad de la isla de Fernando Poo. El Gobierno, al encargarme de inaugurar este 17 de abril la segunda fase de la Conferencia Constitucional, manifiesta que esta reunión tendrá por objeto la elaboración de una Constitución para Guinea Ecuatorial y la preparación de una Ley Electoral, que ambas serán sometidas a la consulta electoral del pueblo guineano por el sistema del sufragio universal de los adultos, bajo la supervisión de las Naciones Unidas, y que, tras esa consulta, se constituirá un Gobierno provisional, con el fin de que pueda presidir la celebración de unas elecciones organizadas, de acuerdo con la Ley Electoral previamente aprobada, para que, de conformidad con la Constitución, se pueda dar paso al establecimiento de todas las Magistraturas del Estado y de un Gobierno definitivo que acceda a la independencia en la fecha que mutuamente acordemos» (C.C.S.F., 1.ª, pp. 16-17).

(108) C.C.S.F., 15.ª, pp. 13 y ss. (señor CABANAS).

(109) Cfr. *Chroniques des N. U.,* 1966 (III), 7, págs, 24-25 y p. 34.

(110) *Informe de la Delegación Española, en la Primera Fase de la Conferencia Constitucional.* Conclusiones: a).

(111) Dictamen núm. 36.017, de 20 de junio de 1968.

(112) Cfr. Res. 2.230 (XXI); Res. 2.355 (XXII); A/AC 109/289.

(113) E. de M. del D-L. 3/1968, de 17 de febrero, ya citado.

(114) Cfr. Declaración española sobre el régimen electoral el Guinea Ecuatorial (C.C.S.F., 30.ª sesión, pp. 26 y ss.). En los dos primeros párrafos de dicha declaración se afirma contradictoriamente: «La Constitución, elaborada en la Conferencia Constitucional, será sometida a referéndum del pueblo guineano, y una vez aprobada y establecido el sistema institucional de nuevo Estado, con arreglo a sus preceptos, entrará en vigor en la fecha que se señale para la independencia. El referéndum será oportunamente convocado por el Gobierno español y para respetar las normas de la Constitución... Tanto el referéndum como las primeras elecciones se celebrarán siguiendo el sistema establecido en la propia Constitución...»

(115) Cfr. Decreto de 27 de julio de 1968 (B. O. de 29-VII).

(116) Cfr. Decreto de 16 de agosto de 1968 (B. O. de 19-VIII), sin embargo, perdura aquí el mismo equívoco ya señalado en la declaración sobre régimen electoral hecha en la última sesión de la Conferencia. El artículo 4.º del citado Decreto dispone la celebración de elecciones «con arreglo a las normas de la Constitución adoptada», ¡pero dicha Constitución no era todavía en aquella fecha una norma en vigor! (art. 3.º, D. de 27-VII-1968).

(117) C.C.S.F, 3.ª sesión, pp. 2 y ss. y apéndice: «Puntos básicos para un borrador de Constitución». No se trata de entrar aquí en un examen de Constitución guineana –cuya eficacia política, por otra parte. no afecta al eventual interés de este estudio que pretende versar sobre aspectos exclusivamente formales de su génesis–, pero las Actas de la segunda fase de la Conferencia y, en su caso, otros documentos, demuestran que los asesores técnicos de la Presidencia de la Conferencia –señores Condomines y Herrero de Miñón–, cuya función terminó oficialmente el día 27 de mayo de 1969 (C.C.S.F., sesión, pp. 26-27) no tienen ninguna responsabilidad en la elaboración del extraño texto Constitucional que dio a la luz la Conferencia, ni en la legislación electoral concordante.

(118) C.C.S.F., 15.ª sesión, pp. 40 y ss. (señor CAÑADAS). Cfr. Consejo de Estado, dictamen núm. 36.017, de 20 de junio de 1968.

(119) Cfr. E. de M. L. de 27 de julio de 1969, Decreto de 27 de julio de 1968, artículo 1.º Cfr. C.C.S.F., en especial la posición española en las sesiones 2.ª y 15.ª

(120) C. C. P. S., 5.ª sesión de la Comisión Política, p. 43; C.C.S.F., sesión 15.ª, p. 14 (señor CABANAS).

(121) C. C. S, F., 3.ª sesión, p. 3 (señor HERRERO).

(122) Dictamen núm. 36.017.

(123) Decreto de 27 de julio de 1968, arts. 1.º, 3.º y 18.

(124) Decreto de 16 de agosto de 1968, art. 1.º

(125) Pero sí en el Boletín Oficial de Guinea de 24 de julio de 1968.

(126) Decreto de 16 de agosto de 1968, arts. 2.0 y 3.1) El «Gobierno provisional» a que hacia referencia la citada declaración ministerial de 17 de abril (cfr. *supra,* nota 107). fue prontamente desechado ante la anomalía que hubiese supuesto en un sistema pacífico de transmisión de poderes y las dificultades prácticas de su constitución.

(127) Ley de 27 de julio de 1968.

(128) Decreto de 11 de octubre de 1968, art. 2.º

(129) Pese a los términos de la citada declaración española sobre el régimen electoral, que se hacen eco de la ambigüedad primitiva entre la cuestión constitucional y la opción por la independencia como materia de referéndum.

(130) Cfr. GONIDEC: *Cours d'institutions...,* cit., pp. 76 y ss. Siempre me refiero, claro es, al Estado aparato y no al Estado sociedad: para esta distinción acuñada por la doctrina italiana, cfr. LUCAS VERDÚ: «P. B. di R. y la ciencia italiana del Derecho Constitucional», en la versión española de BISCARETTI DI RUFFIA: *Derecho Constitucional* (Technos), pp. 47-48.

(131) Cfr. YTURRIAGA: *Participación de la O.N.U. en el proceso de descolonización,* Madrid, 1967, caps. 1.º y 3.º

(132) Para un planteamiento kelseniano de la Autoctonía véase LATHAM: *The Law of the Commonwealth,* Londres, 1949.

(133) CARRÉ DE MALBERG: *Op. cit.,* I, pág. 62.

(134) Ordenanza 6-X-1058.

(135) El principio de autodeterminación se consagra en el preámbulo de la Constitución de 1958 y en el art. 1.º de la misma. Es interesante señalar que la participación de los guineanos en el referéndum español de 1966 (cfr. Instrucción 29-XI-1968, B. O. G. de 30-XI) no tuvo efectos análogos a los del referéndum constitucional francés, sino que, por el contrario, constituyó un notable entorpecimiento a la hora de instrumentar la autodeterminación de Guinea como territorio no autónomo, ajeno a la nación española aunque bajo su soberanía. Cfr. mi estudio de próxima aparición, *La delimitación del territorio nacional en la reciente doctrina del Consejo de Estado.* Ahora ensayo n.º 13 de este volumen. La razón fundamental debe encontrarse en que el referéndum español no fue un acto de autodeterminación, sino de adhesión a la decisión previa del Jefe del Estado, que no admitía alternativa.

(136) *Rec. des Cours,* XLII, p. 263.

(137) *Op. cit.,* II, pp. 495 y ss.

(138) *Ib.,* pp. 499-500.

(139) Por ello es tarea del constitucionalista estudiar la expresión formal y adecuada de esta soberanía. Cfr. LOEWENSTEIN: *Political Reconstruction,* Nueva York, 1946, pp. 212 y ss. La potencia innovadora e irreversible del constituyente popular que ya pusiera de relieve SCHMITT, tiene graves consecuencias de trascendencia práctica inmediata. Así, en Marruecos, posibilita el control jurisdiccional de la actividad administrativa. [Cfr. ROUSSET: *Reflexions sur la competence administrative du Roi dans la constitution marocaine,* en «Revue juridique et Politique», XXI (1967), 4.]

(140) Respecto al caso de Rhodesia del Sur. Cfr. «Commonwealth Survey», 1964, p. 1085, y 1965, p. 489.

(141) En este sentido pueden citarse los principios que deben regir la descolonización mediante libre asociación contemplados en la Resolución 1.541 (XV).

5. TIPOLOGÍA DE LA TRANSICIÓN: EL PARADIGMA ESPAÑOL

Ante todo, acotaré el campo al que este ensayo debe ceñirse. Me referiré a las transiciones políticas de nuestros días, más concretamente a las habidas a partir de la segunda postguerra. Sobre su pluriforme historia trataré de trazar una tipología en el sentido que Weber daba a los tipos ideales y, para ello, atenderé al aspecto jurídico-institucional de la propia transición. Es imposible –afirmaba un clásico en la materia– llevar a cabo una reforma efectiva y duradera sin reducirla a unos cánones legales (1) y ello es cierto tanto de los regímenes a superar, incluso cuando utilizan el derecho para pervertirlo, como de aquellos otros a instaurar. No ignoro que la transición no solo es jurídica; más aún, lo jurídico solo se explica, según decía un jurista tan ilustre como Jellinek, a partir de «lo que hay detrás del derecho, lo que le antecede y le condiciona». Pero ello no empece a que lo jurídico, por sí solo, tenga una importancia capital cuando de instituciones se trata y, según el mismo Jellinek, «sólo desde el derecho puede llegarse y entenderse el derecho». Como se puso de manifiesto en el coloquio celebrado en Estambul por el Consejo de Europa el 10 de octubre de 1992, un coloquio tan analítico como prescriptivo, El proceso constitucional era y es el principal instrumento para la transición democrática (2).

LOS TÉRMINOS DE LA TRANSICIÓN

Tres son los tipos de transiciones ocurridas en el último medio siglo: Primero, la transición del Imperio al Estado nacional, lo cual ha supuesto el nacimiento de numerosos Estados cuya afirmación como tales ha plasmado de inmediato en una constitución escrita. Tal ha sido el caso de la disolución de los grandes Imperios coloniales, británico, francés, holandés y belga y de la disolución del Imperio Otomano y de la Unión Soviética. La especificidad de

estos fenómenos consiste en el nacimiento del Estado, algo que corresponde al derecho internacional, pero cuyos mecanismos constitucionales internos también son relevantes. Así, cabe distinguir diferentes vías constitucionales de emancipación:

a) La evolución de la legalidad imperial. Sea, como es típico del modelo británico, ya mediante la decantación progresiva de convenciones constitucionales que transformaron las colonias en Dominios, después legalmente reconocidos como tales *(Status of Westminster* de 1931). Ya mediante sucesivas leyes del Parlamento imperial que formalizan los acuerdos pactados en conferencias constitucionales previas que establecen sistemas autonómicos cada vez más amplios hasta llegar a la independencia. Ya la concesión unilateral de la independencia, fijando los principios de la futura constitución, alternativa a la incorporación a la potencia imperial, como fue la práctica de los Estados Unidos en Filipinas y Hawai respectivamente. Ya la autodeterminación mediante referéndum en la práctica francesa de la descolonización (3).

b) La destrucción de la legalidad imperial mediante un movimiento separatista revolucionario que impone la fuerza normativa de los hechos, como ocurrió en Yugoeslavia.

c) El acuerdo de la disolución jurídicamente formalizado, como fue el caso de la URSS y, después, de Checoslovaquia.

Segundo, la transición de las economías de planificación central a las economías de mercado, cambio de modelo con su consiguiente instrumentación jurídica incluso constitucional, puesto que constitucionalizada estaba la socialización y ha llegado a estarlo la economía de mercado como valor social susceptible de cristalizar en una garantía institucional. Los aspectos jurídicos de esta transición son más relevantes en el nivel de la normativa legal y reglamentaria.

Tercero, la transición desde un sistema autoritario a un sistema democrático. Es de las transiciones de este tipo de las que me ocuparé, teniendo en cuenta que en muchos casos el cambio de modelo, desde el autoritarismo hasta la democracia liberal, acompaña el tránsito de la planificación al mercado y que las transiciones desde el totalitarismo comunista al Estado democrático de derecho plantean suplementarias complejidades a la hora de reconstruir no solo la constitución estatal sino la configuración social (4).

A mi juicio, convendría distinguir entre la sustitución de una mera dictadura y la transición a partir de un verdadero régimen autoritario, una vez que la experiencia práctica y los análisis teóricos permiten diferenciar ambos fenómenos políticos. Pero lo cierto es que las dictaduras de larga duración tienden

a institucionalizarse en formas políticas autoritarias más o menos elaboradas y así ha ocurrido en el periodo objeto de estudio. Sirva de ejemplo Argentina en 1976 y Chile en 1980. Por el contrario, no examinaré aquellos supuestos en que el poder personal e, incluso, la dictadura se camufla tras apariencias de democracia clásica. Por ejemplo el México del primer PRI. Una cosa es el uso del autoritarismo y otra el abuso de la democracia.

Por su total singularidad que agota su propia especie, también excluiré de mi análisis aquellos cambios de régimen político que se producen por la *debellatio* de un Estado, como fue el caso de la derrota y reparto del Reich alemán en 1945, y por la absorción de un Estado por otro, como ocurrió al reunificarse Alemania en 1989 mediante la inclusión de los reconstruidos *länder* de la RDA en la República Federal.

TIPOS DE TRANSICIÓN

Así acotado el terreno, cabe articular una tipología en torno a tres criterios fundamentales: el sujeto de la transición, su objeto y su actividad.

En cuanto a los sujetos que la protagonizan, las transiciones pueden ser autónomas y heterónomas. Las primeras son aquellas en que el proceso constituyente se protagoniza por las propias instituciones y fuerzas políticas. Las segundas aquellas en que son instituciones y fuerzas terceras las que dirigen e incluso protagonizan el proceso de transición política.

El tránsito de la dictadura a la democracia en Brasil tanto en 1964 como en 1985 protagonizado por el ejército e impulsado por la presión de la sociedad civil es un buen ejemplo de transición autónoma.

El proceso constituyente de Bosnia, un ejemplo de transición heterónoma dirigido por Naciones Unidas. Se trata, en este caso, de un supuesto de internacionalización del poder constituyente del que no faltan precedentes en la primera postguerra, bajo la égida de la Sociedad de Naciones –Memel y Danzig– y en algunos casos de descolonización –Eritrea, Libia y, en menor medida, Ruanda– (5). Surgiría aquí la cuestión de la «autoctonía» constitucional. Si el constitucionalismo democrático no solo supone la formalización del proceso político sino también la autointegración política de la comunidad, es preciso nacionalizar la constitución, lo cual puede llevar a la apertura de un proceso constituyente formal (6).

La autoctonía del proceso constituyente, sin embargo, nada tiene que ver con el carácter originario o derivado de la constitución (7). Un proceso constituyente autóctono puede y es frecuente que tome en cuanta experiencias y

fórmulas constitucionales ajenas y es precisamente entre las democracias de nueva factura donde se expanden las estirpes constitucionales fruto de la recepción de modelos foráneos (8).

Al considerar la autoría de la transición, cabe plantearse, más allá de la identidad de sus sujetos formales, la de sus actores reales. No es esta la ocasión de analizar pormenorizadamente las fuerzas políticas y aun sociales que contribuyen a cada concreta transición democrática; pero sí el de señalar la eventual relevancia de los partidos políticos. Cuando una pluralidad de partidos protagoniza la transición en pie de igualdad, la estabilidad democrática ulterior parece más accesible. Y así ocurrió en Europa Central y Oriental. Cuando la protagoniza uno solo, es más fácil la sustitución del autoritarismo por el ejercicio monopólico del nuevo poder democrático y la «primavera árabe» está ofreciendo ejemplos de ello. Y el caso español demuestra que el liderazgo de la transición por un solo partido –la UCD– dentro de un régimen competitivo le reserva un lugar preeminente en la historia pero contribuye decisivamente a su rápida erosión y disolución.

En cuanto al objeto cabe distinguir dos grandes tipos de transiciones políticas, según tiendan a instaurar lo que Burdeau denominaba una democracia gobernante o una democracia gobernada.

Una democracia gobernante es una democracia plena en la que las decisiones políticas de todo tipo se someten a la opción y control de los gobernados a los que nada se prescribe ni proscribe. La democracia gobernante es la propia de una sociedad políticamente abierta, en la que, si existen límites y condicionamientos, estos no son jurídico-institucionales sino sociales. Tal es el caso de Grecia cuando transita desde la dictadura de los Coroneles hasta la democracia.

Una democracia gobernada, por el contrario, es aquella en que las decisiones de las instituciones representativas y, en último término, las opciones electorales, no pueden afectar a determinados extremos y tales límites se garantizan mediante el control de determinadas instituciones no democráticas, ya procedentes del régimen autoritario previo, ya surgidas del propio proceso democratizador y autoconvertidas en sus guardianes.

Turquía y Portugal son buenos ejemplos de uno y otro supuesto. En Turquía la Constitución de 1982 reservaba a las Fuerzas Armadas, protagonistas de la dictadura militar establecida en 1980, una función transitoria de control de larga duración (Parte Sexta. Artículos Provisionales). En Portugal, tras la Revolución de Abril de 1973, el MFA detentó un poder transitorio que, aun dejando paso a un gobierno civil y a unas elecciones democráticas, introdujo en la Constitución de 1976 unas cláusulas de control (arts. 3,2; 10; 142 y ss.; 273-274;

cfr. ley 3/74 de 14 de Mayo). Es significativo el paralelismo de estas fórmulas, especialmente las de la Constitución turca, con las utilizadas en la Constitución de la República Islámica del Irán de 1979, pese al antagonismo de las ideologías que en uno y otro caso se pretende servir.

En cuanto a la actividad cabe, a su vez, distinguir diferentes tipos, atendiendo al tiempo, a la forma y a la meta de la transición.

El factor temporal, permite diferenciar entre transiciones rápidas y transiciones lentas (9). Las primeras nunca son instantáneas, pero sustituyen el sistema autoritario previo por otro con pretensiones democráticas o, al menos, democratizadoras, en un breve lapso de tiempo, ya sea por obra de una revolución (caso en nuestros días de la «primavera árabe»), de contragolpe (caso del frustrado intento del Rey Constantino en Grecia en diciembre de 1967) o dimisión del propio sistema autoritario (caso de Grecia y Argentina, respectivamente, tras las fracasados aventuras militares de Chipre en 1974 y las Malvinas en 1983). Las segundas se dilatan a través del tiempo. Tal fueron los casos de Chile, Polonia, Portugal o Turquía.

Si aquellas, las rápidas, pese a lo que pudiera parecer en un principio, pueden permitir controlar mejor el alcance del cambio que toda transición supone, evitando la eclosión y multiplicación de reivindicaciones; las segundas, facilitan la elaboración sicológica del propio cambio hacia la democracia, sea este desde el previo régimen autoritario, sea desde la dictadura no menos autoritaria surgida de una primera fase de la transición y que es necesario purgar de radicalismos como fue el caso de Portugal.

Una transición rápida puede evitar que, tras las reivindicaciones políticas, proliferen las sociales o que se multipliquen las apetencias autonómicas. Una transición lenta facilita la integración en el régimen político resultante de elementos procedentes tanto del sistema anterior como de la oposición al mismo. Los casos citados avalan este diagnóstico.

En cuanto a la forma, las transiciones pueden ser violentas o pacíficas. Las primeras, temporalmente rápidas, sin perjuicio de que el nuevo sistema sea un autoritarismo en muchos aspectos semejante al anterior, dan lugar a regímenes transitorios que abren un proceso constituyente. La «primavera árabe» ofrece ejemplos de ello y el caso de Egipto resultaría elocuente, tanto si continuara siendo una «sociedad militarizada» como si sustituye a ésta por un autoritarismo islámico (10).

Las transiciones pacíficas pueden, a su vez, ser legales o ilegales, según el proceso de transición se realice o no de acuerdo con la misma legalidad autoritaria que se pretende superar. Las transiciones ilegales, esto es con ruptura de la legalidad anterior, siguen la misma dinámica que las transiciones

violentas. El gobierno provisional que de ellas surge bien trata de perpetuarse (caso de los gobiernos militares tras la caída de Goulart en Brasil, 1952), bien abre un periodo constituyente. Las transiciones legales plantean cuestiones más complejas.

Su morfología pende en gran medida del tipo de autoritarismo que traten de superar. Si se ha configurado como una situación confesadamente transitoria, el cambio puede consistir en la restauración de una previa constitución democrática ahorrando así los avatares de un proceso constituyente. Así ocurrió en Grecia en 1973 con el llamado «cambio de régimen» tras la caída de los Coroneles, mediante la restauración de la Constitución monárquica de 1952 –derogada mediante plebiscito poco después– y en Argentina con la restauración, en 1983, de la Constitución de 1853 (reiteradamente revisada). Si se trata de un autoritarismo capaz de haber cancelado la situación anterior hasta el punto de hacer imposible su restauración, lo relevante es si el régimen autoritario tiene resortes adecuados para posibilitar su propia reforma. Si el régimen es «pétreo», esto es si no prevé ni posibilita su revisión en sentido democratizador, la transición romperá necesariamente la cadena de la legalidad establecida. Para que la transición sea legal es preciso que el sistema autoritario sea flexible en el sentido que desde Bryce tiene este término o, al menos elástico, en la acepción de Rossi, esto es, capaz de muy diferentes interpretaciones susceptibles de dar cabida a muy diversos desarrollos y prácticas y así facilitar el tránsito. Las cláusulas de revisión constitucional, susceptibles, a su vez, de revisión, pueden permitir transformar el autoritarismo en democracia. Así lo propuse en su día para Cuba (11) y tal fue el caso español en el que después insistiré.

Si el sistema autoritario ha respetado o generado en su seno una institución capaz de trascenderlo y como tal portadora de una legitimidad ajena al propio sistema que se trata de superar, dicha institución puede servir de polo de referencia en la inevitable crisis que supone sustituir una legitimidad autoritaria por otra democrática. La misma función puede llegar a desempeñar una personalidad carismática y no es imposible, antes al contrario, que sea carismático el titular de la magistratura en cuestión que adquiera el carisma por el uso que de la institución hace. Este fue el caso del ejército en la Polonia que transitó del comunismo a la democracia o de la función que en la Checoslovaquia de la «primavera de Praga» trató sin éxito de desempeñar el general Svoboda y, en la ya libre, ejerció el presidente Havel. Tal fue el caso de Juan Carlos I en España.

La transición legal, ya por restauración ya por revisión, permite evitar el vacío de poder que se produce en caso contrario. La comparación de la transi-

ción argentina después de la dictadura con la situaciones cubana –tras la caída de Batista–, iraní –tras el derrocamiento del Sha– o nicaragüense, así lo demuestran.

Por último, la transición legal, plantea la posibilidad del pacto entre quienes detentan el poder autoritario y quienes se oponen a él. Esto es la transición pactada. Ciertamente si la transición violenta e ilegal suele ser arrancada e impuesta por la fuerza, en la mayor parte de los casos la transición legal suele ser consensuada. Pero también cabe la posibilidad de una transición a la democracia otorgada por el propio sistema autoritario o, lo que es más lógico, otorgada en un principio a través de medidas que cabe considerar como arras de un verdadero cambio político que da pie a sucesivos pactos hasta llegar a una transición consensuada. Este es el caso español en el que insistiré después.

Para que una transición pueda ser realmente pactada e, incluso, efectivamente pacífica, debe implicar cierto grado, cuanto mayor mejor, de reconciliación nacional, expresado, de una u otra manera, en una especie de amnistía mutua entre el autoritarismo que se va y sus oponentes. El carácter pacífico de la transición se diluye si el régimen entrante toma represalias con sus antecesores. El caso argentino es un buen ejemplo de ello. La Ley de Punto Final obra del presidente Alfonsín expresó ese intento de reconciliación nacional. Su ulterior derogación no ha contribuido a la estabilidad del sistema. La hábil tramitación del caso Pinochet en Chile, tras una larga elaboración de la propia transición hacia una democracia «gobernada» primero y gobernante después, ofrece la prueba «a contrario». En la «primavera árabe» ha sobrado sentimiento de revancha. La transición española se inició, como después expondré, con la amnistía del 30 de julio de 1976.

La meta de la transición es el establecimiento de un régimen democrático, algo que a la altura del tiempo presente supone una constitución formal, normalmente escrita. Ello plantea dos cuestiones: la forma de elaboración y aprobación de la Constitución y su contenido.

En cuanto a lo primero es evidente que una transición democrática requiere una Constitución democrática, ya sea elaborada por una asamblea constituyente, ya sea aprobada por vía de referéndum, ya se sume el referéndum a la obra de la asamblea. En ambos casos es claro que el anteproyecto es elaborado por una comisión reducida en la que a la representación política, deseablemente plural, puede añadirse el asesoramiento de los técnicos, sean estos nacionales, sean extranjeros. En este sentido, cabe destacar la importante labor de la Comisión de Venecia, órgano consultivo creado en el seno del Consejo de Europa, en la orientación de las transiciones constitucionales de los países de Europa central y oriental. Si los trabajos de esta comisión se someten directa-

mente a referéndum, es indiscutible el carácter democrático de la Constitución sin los riesgos que supone en un país sin experiencia democrática la apertura de una asamblea constituyente.

En cuanto al contenido de la Constitución, es claro que ha de responder a la triple finalidad de la misma: integrar la comunidad política, asegurar las libertades públicas y organizar el proceso político. La primera se proyecta sobre las otras dos. La integración es una función simbólica y un aura simbólica rodea todo el aparato estatal, incluso el más racionalizado.

La importancia de la función integradora de la Constitución ha sido puesta de relieve por Smend y por cuantos hemos seguido su huella y, hoy está fuera de discusión. Pero su relieve es aun mayor cuando de dar cima a una transición democrática se trata. Ello requiere que la Constitución asuma expresamente los factores de integración política, materiales, funcionales y simbólicos (12).

Comencemos por los materiales. Tal es el caso de aquellos valores compartidos por la gran mayoría de la ciudadanía y que, además, son expresivos de su propia identidad; valores que, en muchos casos, matizan las declaraciones de derechos clásicas. Las partes dogmáticas de las constituciones de las más reciente democracias así lo revelan (13). Por la misma razón, la Constitución resultante de la transición debe recoger lo que son factores simbólicos de integración siempre que estos tengan efectiva capacidad de movilizar el sentimiento de los ciudadanos, como son los emblemas, blasones, banderas e himnos. Pero también aquellas instituciones capaces de simbolizar la entidad estatal y su identidad histórica. Así, la paulatina emancipación nacional y la transición a la democracia se simbolizó en los países en su día satélites de la Unión Soviética mediante la restauración de la Jefatura del Estado y, en Polonia, por el restablecimiento de una institución típica de las dos primeras Repúblicas, el Senado (14).

Establecer en la Constitución efectivos factores funcionales de integración política supone importantes opciones, entre otras, las tres siguientes:

La política de reconocimiento de minorías con propia identidad y que contribuyen positivamente a la identidad global, ya tengan o no una proyección territorial mediante sistemas autonómicos o federales. Las constituciones húngara y polaca, tras la restauración nacional, son muestra de ello y también el neoindigenismo de las más recientes constituciones democráticas de Hispanoamérica (15).

La articulación de la participación política a través de sistemas mayoritarios o de representación proporcional. Si el sistema mayoritario a una o dos vueltas con distritos uninominales es idóneo para proporcionar mayorías sólidas, ello únicamente ocurre donde existen partidos suficientemente extensos, coherentes y disciplinados. Su corrección mediante candidaturas de listas blo-

queadas es susceptible de proporcionar mayorías más sólidas todavía, pero con total marginación de las minorías que no estén territorialmente agrupadas e incluso a éstas se las priva de representación en un colegio electoral único. Por ello la opción preferente cuando de veras se quiere transitar a una democracia real, es el sistema proporcional (16).

En cuanto a la forma de gobierno la gran opción es entre presidencialismo y parlamentarismo. El modelo de los Estados Unidos que, en realidad, solo ha funcionado bien en su país de origen, goza de gran predicamento tanto por su simplicidad como por responder adecuadamente a las apetencias de liderazgo político. Si embargo, como ha mostrado Juan J. Linz (17) con referencia a las nuevas democracias, tiene inmensos inconvenientes al tajar al electorado en torno a candidatos radicalmente excluyentes, contribuir así a la hipertrofia de los liderazgos amortizando en gran medida a los que no triunfan y dificultar los consensos políticos entre ejecutivo y asambleas, entre los diferentes partidos y en el seno de estos.

Por el contrario, el sistema parlamentario de acuerdo con el cual el gobierno se constituye sobre la mayoría de la asamblea impide, por definición, el enfrentamiento entre el ejecutivo y la representación popular, facilita las coaliciones que instrumentan los consensos y permite un mayor aprovechamiento de las capacidades políticas, incluso de aquellas que han quedado en minoría.

La fórmula que parece abrirse paso para compatibilizar ambos sistemas es el semipresidencialismo (18) que compagina una jefatura del Estado fuerte aunque no ejecutiva con un gobierno parlamentario. Ello permite aprovechar la institución tradicional de la monarquía allí donde existe y, en todo caso, incluir en el sistema figuras capaces de representar la continuidad del Estado y arbitrar las instituciones más allá del proceso político ordinario. Los casos de Polonia, Checoeslovaquia –y después la República Checa– y Portugal, sirven de ejemplo.

EL PARADIGMA ESPAÑOL

La transición política española desde una forma autoritaria de Estado a la democracia se consideró en su día como un modelo digno de estudio y de imitación y, pese a las críticas de que es objeto desde pagos políticos muy diferentes, la realidad es que fue coronada por el éxito y ha dado lugar al más largo periodo de estabilidad política democrática y progreso económico y social de los españoles. Por ello su estudio a la luz de la tipología antes esbozada –un

estudio cuyo índice apenas aquí cabe esbozar– puede servir para validar dicho análisis tipológico (19).

Pero antes de examinar el proceso de la transición española a la luz de la dicha tipología, es preciso subrayar aquellas condiciones que posibilitaron el éxito de la operación.

Primero, en 1975 España era económica y socialmente semejante al resto de Europa occidental. Tan solo difería en su sistema político muy semejante a los que se difundieron en el Sur y centro de Europa en la década de los treinta del siglo XX y es claro que no me refiero al régimen nacionalsocialista y ni siquiera al fascismo cuyo modelo se abandonó en España a partir de mediados los años cuarenta, sino a los autoritarismos conservadores como el portugués, el austriaco o el polaco. Un régimen que correspondía en gran medida al grado de desarrollo económico y social propio de aquellos años. Un grado de desarrollo que impidió el éxito de la II.ª República en los años treinta y que España había superado desde los años sesenta. El desarrollo que permite el dominio cuantitativo y cualitativo de la clase media, requisito indispensable a la estabilidad democrática. Resumiendo, el autoritarismo era ya arcaico a la muerte del general Franco y, por ello, la transición se hizo inevitable, cualesquiera que fueran las dificultades coyunturales con que tropezase, lógicamente exageradas por aquellos de sus muy meritorios actores deseosos de protagonizar una gigantomaquia. Por eso, suscitó el consenso más o menos expreso, pero evidente de todas las instituciones –desde la Corona a las Comisiones Obreras –sindicato clandestino de obediencia comunista– y todas las fuerzas sociales –desde la Iglesia a la Patronal, pasando por el Ejército–.

Segundo, en España no se puso en cuestión la subsistencia del Estado. Antes bien, la transición aseguró su continuidad. La del Estado como comunidad y la del Estado como organización. Durante la transición ninguna fuerza política de las que concurrieron a las elecciones de 1977 y tuvieron presencia en las Cortes planteó una opción separatista. Incluso los nacionalismos radicales que propugnaban la autodeterminación no afirmaron su vocación independentista. La continuidad del Estado comunidad estuvo siempre garantizada e incluso el sistema autonómico alumbrado durante la transición se concibió y comprendió en gran medida como un antídoto frente a las tentaciones separatistas.

Y lo que es tanto o más importante, tampoco se puso en cuestión a lo largo de todo el proceso la continuidad del Estado-organización, la de sus estructuras y sus magistraturas. Frente a lo ocurrido en las transiciones de algunas de las antiguas democracias populares donde la disolución del partido

que había dominado al Estado provocó la disolución de muchas de sus instituciones, por ejemplo la función pública, en España la disolución del Movimiento Nacional en nada afectó a la función pública plenamente profesionalizada desde 1858 y como tal respetada por los diferentes regímenes políticos que desde entonces se sucedieron. Otro tanto puede decirse de las instituciones administrativas muy desarrolladas desde 1954.

Tercero, la transición se planteó como vía de homologación con nuestro entonces envidiable entorno europeo y occidental. Se suponía, y con razón, que la España constitucional y democrática ganaría en protagonismo internacional, frente a aquellas transiciones que, antes en Portugal o después en la URSS y Yugoeslavia, el cambio político supuso la disolución o al menos la degradación internacional. El ingreso en la Comunidad Europea como homologación y garantía democrática funcionó como imán político y económico de la transición.

Es claro que tales circunstancias se dieron en el caso de España y no en otras transiciones anteriores o posteriores y, por ello, resulta falaz proponer a terceros el ejemplo español y propugnar la exportación del modelo.

Pasemos ahora a la tipología atrás expuesta.

En cuanto al factor tiempo, la transición española fue una transición relativamente lenta. Su inicio puede situarse en Julio de 1976 con la formación del segundo gobierno de la monarquía y su terminación con la aprobación de la constitución en diciembre de 1978.

En una primera fase, se desmontan los principales resortes del Estado autoritario (Junio-Noviembre de 1976) y se elabora el principal resorte de la transición, la Ley para la Reforma Política (diciembre de 1976). En una segunda fase se reconocen los partidos políticos, se elaboran las normas electorales (marzo de 1977) y se celebran las primeras elecciones democráticas (junio de 1977). En una tercera fase, se elabora la Constitución (agosto de 1977 a diciembre de 1978).

La lentitud del ritmo de la reforma política tuvo el inconveniente de aplazar el tratamiento de otras cuestiones, apenas paliado en el campo económico por los Pactos de la Moncloa, elaborados en paralelo a la tercera fase de la transición. Y, lo que es más grave, dio tiempo a la eclosión de múltiples reivindicaciones autonómicas hasta entonces inexistentes y construidas por imitación de las vascas y catalanas y abrió un espacio –las propias Cortes constituyentes– a la eclosión de reivindicaciones sociales que hipertrofiaron la parte dogmática de la Constitución. Pero, de otro lado, la lentitud de la transición permitió la costosa elaboración psicológica de la misma.

En cuanto a su autoría, la transición española, a lo largo de todas sus fases, fue autónoma y lo fue no solo formalmente, algo evidente, sino materialmente. Las influencias foráneas, en la escasa medida en que las hubo, fueron, si acaso, retardatarias y no determinaron ni su ritmo, ni sus fórmulas, ni su contenido. Los líderes europeos que después han alardeado de su papel determinante en el cambio político español, no lo conocieron mejor que los reporteros de prensa (me refiero, conscientemente, a Giscard d'Estaing, Wilson y Scheel). El Rey Balduino de los Belgas sí influyó positivamente y de forma tan discreta que esta es la primera vez que creo se publica el hecho. El Rey Balduino influyó en la atribución constitucional al Rey de España de la designación del candidato a la formación del gobierno (20). Ello no empece, como antes señalé, a la escasa originalidad de la Constitución de 1978 que es a todas luces una constitución derivada.

En cuanto al objeto, la transición española construyó mediante una constitución abierta una democracia gobernante para una sociedad abierta en la que nada esté prescrito ni proscrito, salvo la violencia.

En cuanto a la forma, la transición española fue pacífica, legal y pactada. Lo primero es evidente. Lo segundo constituyó uno de sus rasgos principales: el tránsito de la ley a la ley, esto es de la legalidad autoritaria a la democrática mediante la reforma de las Leyes Fundamentales del régimen autoritario, utilizando las cláusulas de revisión contenidas en las mismas, a su vez revisadas mediante la octava Ley Fundamental, la Ley para la Reforma Política.

La legalidad de la transición española estuvo presidida por el Rey que, como «piloto del cambio», desempeñó una triple función: motor de la transición, polo de referencia de la legitimidad en la crisis y estrato protector de la democracia.

El Rey impulsó la transición hacia la democracia desde el discurso de su proclamación ante las Cortes hasta la designación de un gobierno, presidido por Adolfo Suárez con esta precisa tarea y lo hace en ejercicio de las competencias que le atribuían las Leyes Fundamentales autoritarias basadas en el Principio Monárquico cuya función democratizadora yo anuncié en 1973. El propio Rey invocó dicho Principio ante el Consejo del Reino en marzo de 1976 y así lo reconoció el dictamen del Consejo Nacional del Movimiento de 16 de octubre de 1976 (21) (parágrafos 4.3.b. y ss.)

El Rey no interfirió para nada –y soy testigo especialmente autorizado de ello– en el proceso constituyente. Pero durante el mismo y aún antes, cuando la marcha hacia la democracia ponía en tela de juicio las instituciones y la legitimidad del sistema autoritario en vías de remoción sin que todavía se hubiera consolidado una legitimación democrática de las nuevas instituciones

en vías de instauración, el Rey era el único polo de referencia para la lealtad de la administración, las fuerzas armadas, la judicatura, las instituciones autonómicas y la propia ciudadanía. Así se puso de manifiesto, ya ultimada la transición, con motivo de la crisis del 23 de Febrero de 1981 (22).

El Rey, en fin, fue y es el estrato protector de la democracia a la que la transición condujo, no solo en ocasiones tan críticas como la citada, sino mediante el ejercicio de sus funciones de moderación y mediación entre las instituciones y las fuerzas políticas.

Por todo ello, por su ritmo pausado, su respeto a la legalidad y la función integradora del Rey, la transición española que se inició ante la desconfianza de la mayor parte de la oposición con medidas unilaterales del gobierno todavía autoritario –fundamentalmente la amnistía del 30 de julio de 1976–, calificables de arras del cambio político, continuó siendo dirigida por el gobierno con contactos cada vez más estrechos con la oposición hasta pactar el reconocimiento de los partidos políticos –aunque no las normas electorales– y culminar en el pacto constitucional. Fue una transición inicialmente otorgada y progresivamente acordada hasta ser finalmente consensuada.

Como es bien sabido, la elaboración de la Constitución se hizo sobre un anteproyecto elaborado por una ponencia pluripartidista, debatida en las dos Cámaras de las Cortes y después sometida y aprobada en referéndum.

La Constitución reconoció identidades nacionales territorialmente asentadas y con derecho a la autonomía política, un sistema electoral proporcional y la monarquía parlamentaria como forma de Estado.

NOTAS

(1) Mc Ilwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern,* Ithaca, Cornell University Press, 1947, p. 145.

(2) Estrasburgo (Conseil de l'Europe), 1993. He incorporado lo principal de mi contribución (pp. 20-31) al presente ensayo. También hubo contribuciones de Vedel (p. 36 y ss.) y Linz (p. 68 y ss.). Me honró mucho estar en su compañía.

(3) Sobre esta tipología preliminar cf. mi estudio «Autoctonía Constitucional y Poder Constituyente» en *Revista de Estudios Políticos,* 1970, pp. 87-105. Ahora en este volumen. Ensayo n.º 4.

(4) Cf. mi ensayo *Las transiciones de la Europa central y oriental,* Madrid (Tecnos), 1990, p. 27 y ss., cuyo único mérito fue el ser temprano y premonitorio.

(5) Sobre la categoría general y los precedentes cf. Mirkine Guetzevicht, *Droit Constitutionnel International,* París, 1933, p. 40. Sobre el caso libio de 1951, donde se enfrentaron una opción cirenaica de tendencia monárquica y otra tripolitana más democrática y triunfante en la redacción final de la constitución cf. Kalidi, *Constitucional Development in Lybia,* Beirut, 1956. En cuanto a Eritrea cuya constitución se elaboró sobre la base del Acta Federal con Etiopía aprobada por la AG de NNUU (A/RES/390 (V) de 2 de diciembre de 1950, cf. Schiller en *American Journal of Comparative Law* II (1953) p. 375 y ss.

(6) Sobre la categoría general cf. FAWCWETT, *The British Commonwealth in Internacional Law,* Londres (Stevens), 1963, p. 9393 y ss. y su desarrollo en mi ensayo ya citado «Autoctonía Constitucional...», n.º 4 de este volumen.

(7) Cf. LÖWENSTEIN, *Teoría de la Constitución,* trad. esp. Barcelona (Ariel), 1964, p. 209 y ss.

(8) Cf. mi ya viejo libro *Nacionalismo y Constitucionalismo,* Barcelona (Tecnos), 1971. Sobre la noción de recepción (p. 71 y ss.) y de estirpes (p. 89 y ss.) y después cf. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* LII, 77 (1999-2000), p. 449 y ss. Ahora n.º 7 de este volumen.

(9) Cf. LINZ *Obra Escogida, IV,* Madid (CEPyC), 2009, p. 227 y ss.

(10) Cf. A. ANDEL MALEK, *L'Egypt Societé Militaire,* Paris, 1961.

(11) «Modelos de transición del autoritarismo a la democracia: Ideas para Cuba», en *Ideas jurídicas para la Cuba futura,* Madrid (Fundación Liberal José Martí), 1993, p.80 y ss.

(12) *Cf.* mi ensayo «Símbolos políticos y transiciones políticas.» En *Atenea Digital,* 10 (2006), p. 172 y ss.

(13) *Cf.* Mi ensayo «Seis décadas después. En el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre», *El LX aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre,* Madrid, Instituto de España, 2009. Ahora n.º 16 de este volumen.

(14) *Cf.* BRUNNER, «Constitutional models in communist States. A typological overview», en PELÁEZ (ed.) *European Constitutional Law/Derecho constitucional Europeo. Homenaje a A. F. Valls I Taberner,* Barcelona (PPU), 1988, p. 2112 y ss.

(15) Cf. mi ensayo «Minorities and Historical Titles: the Search of Iidentity», *Revista Internacional de Estudios Vascos,* n.º extra 3, 2008, p. 189 y ss.

(16) Algunas muestras ya lejanas en el tiempo en mi libro *Nacionalismo y Consitucionalismo, cit.* p. 232 y ss.

(17) Cf. LINZ, *Obras Selectas, cit.* p. 450 y ss.

(18) Cf. DUVERGER (ed.). *Les regimes semipresidentiels,* Paris (LGDJ), 1986, cf. mi ensayo «Las funciones interconstitucionales del Jefe de Estado parlamentario» *Revista Española de Derecho Constitucional* núm 110 (mayo-agosto 2017), p. 15 y ss., en especial pp. 23 y ss. Ahora en este volumen n.º 11.

(19) Cf. mi ensayo «Los instrumentos jurídicos de la transición española» ahora recogido en *El Valor de la Constitución,* Barcelona, Crítica, 2003, p. 1 y ss.

(20) Cf. mis *Memorias de Estío*, Madrid, 1993 (ediciones temas de hoy), pág 135-136,

(21) Informe del Consejo Nacional, 4,3.b; 5,3 (Texto en Herrero ed. *La transición democrática en España,* Bilbao (BBV), 1999, II, pp. 41 y 119.

(22) Además de la conocida actitud de las Fuerzas Armadas, ha dejado un testimonio de ello la actitud del presidente Pujol y, entre otras instituciones la del Consejo de Estado (cf. mi ensayo en *Luis Jordana de Pozas, creador de la ciencia administrativa,* Madrid, 2000, p. 93 y ss.).

6. SOBRE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

1. La mutación consiste en la modificación del sentido normativo de la Constitución al margen de su texto, mediante actos no normativos realizados por los sujetos y los actores del proceso público en el que la práctica constitucional se inserta, con el fin de reordenar las relaciones institucionales previstas en la Constitución.

La convención es una categoría gestada en la práctica constitucional británica (1) y después desarrollada en los Estados Unidos.

El interés de Paul Laband por el derecho comparado y, un estudioso alemán del constitucionalismo británico, Hatscheck (2), son el eslabón, lógico si no cronológico, entre esta categoría, y la filogermánica de mutación, como alternativa a la reforma constitucional. Una categoría acuñada por Paul Laband (3) y desarrollada por Georg Jellinek en una famosa conferencia pronunciada en Viena en 1906 y después editada en Berlín (4). La convención puede considerarse así como una de las posibles vías de mutación constitucional: la mutación convencional.

Los agentes de la convención pueden ser tanto las propias instituciones constitucionales, esto es los denominados sujetos del proceso político, como las fuerzas políticas no constitucionalmente formalizadas, esto es, los partidos, los grupos de presión e incluso individuos, es decir, actores y no sujetos del proceso político, pero capaces de influirlo y aun de determinarlo. Sin duda, el proceso político puede decantar determinadas opciones normativas, pero no son éstas las que realizan la mutación, sino que es la mutación la que las hace posibles. Así, la norma convencional puede alcanzar tal consistencia en la conciencia social, que termine convirtiéndose en norma de derecho estricto, especialmente para evitar su olvido. Tal fue la génesis de la XII Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, introducida en 1951, prohibiendo el tercer

mandato presidencial consecutivo, una convención seguida desde la fundación de la República y rota en 1941 por el Presidente Roosvelt.

En sentido contrario, la carencia de una firme convención relativa a la vicepresidencia, capaz de suplir lo que se entendía como lagunas del texto constitucional, dio lugar a la XXV Enmienda, relativa a dicha institución. Introducida en 1967 responde a los acuerdos Eisenhower-Nixon de años antes.

Sin embargo, las convenciones que completan y llegan a modificar radicalmente la normativa constitucional no pueden prescindir de ella. La convención, subraya Jennings (5), solo se da en la Constitución. Por ello, la Constitución puede permanecer idéntica a través del tiempo y, sin embargo, funcionar de manera distinta a como fue en otro tiempo. *Eadem sed aliter.* Tal es el caso de las instituciones británicas.

La convención puede generarse por costumbre o por acuerdo y, si la primera es la fuente de numerosas convenciones históricas, en el constitucionalismo contemporáneo lo más usual es la génesis consensuada de la convención. Esto es, ya acordada por los diferentes protagonistas del proceso político, ya, al menos, realizada por uno de ellos sin oposición formal del resto. Si el Libro Blanco belga de 1949 sobre las potestades regias (6) es ejemplo de lo primero; la presidencialización de la V.ª República francesa lo es de lo segundo (7). En el primer supuesto, además, las fuerzas políticas consensuantes, formalizaron su acuerdo en un largo documento; en el segundo no se hizo tal y bastó la práctica comúnmente aceptada.

Se trata de un fenómeno clave en la historia del constitucionalismo moderno. Si sus hitos miliares son los grandes procesos constituyentes a partir del de Filadelfia en 1787, no es menos cierto que su piedra angular, el parlamentarismo acuñado en Westminster, es fruto del acarreo de múltiples convenciones y convencional fue su recepción en el Continente a partir de la Carta francesa de 1814.

Constatarlo no revela ninguna anomalía en el constitucionalismo contemporáneo dada la génesis convencional y consensuada de gran parte de importante instituciones constitucionales de que da cuenta el derecho y la práctica comparados. Desde los intentos «convencionales» de los acuerdos Eisenhower-Nixon, cuya falta de continuidad dieron lugar a la mencionada XXV Enmienda de la constitución de los Estados Unidos, hasta las numerosas convenciones consensuadas que han completado las normas de constituciones tan detalladas y rígidas como las de Austria y la República Federal de Alemania. En este último caso, en extremos tan importantes como las elecciones de las Presidencias del Bundestag y del Bundesrat (Acuerdo de Königstein de 1949, revisado en cada ampliación de la Federación) y de la Comisión de Presupuestos, la participación de los Länder

en el poder exterior de la federación (Acuerdo de Lindau de 1957) o elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal (8).

Rescigno (9), uno de los principales tratadistas continentales del fenómeno convencional, ha distinguido cuatro posibles contenidos normativos de las convenciones: la práctica substitución de las normas constitucionales que solo formalmente siguen en vigor; el complemento de la normativa constitucional abierta; el desarrollo de una normativa independiente; la superposición de un significado político a un acto jurídico que sigue produciendo sus propios efectos en derecho.

Ejemplo de lo primero, a juicio de Rescigno, es la convención en virtud de la cual la Reina del Reino Unido no pude negar la disolución de los Comunes requerida por el Primer Ministro. Y ello es así, en principio. Pero un más profundo análisis de la práctica británica en la materia, la del Reino Unido y la de «otros Reinos y Territorios» de los que la Reina es Soberana, muestra no solo el contenido de la convención, sino su flexibilidad, porque la pervivencia de la prerrogativa regia permite y ha permitido hasta nuestros días la denegación de la disolución en determinados supuestos (10). Otro tanto puede decirse de la competencia presidencial en la República Federal de promulgar las leyes aprobadas en el Bundestag (11).

Buen ejemplo de lo segundo es el desarrollo de los mensajes regios en España al margen de art. 62 CE sobre la base de las cláusulas generales del art. 56,1 CE (12).

Ejemplo de lo tercero es la convención, introducida por decisión del Rey Jorge V, según la cual el Primer Ministro británico, debe de pertenecer a la Cámara de los Comunes y no a la de los Lores.

Un cuarto ejemplo es la convención italiana según la cual el rechazo parlamentario del presupuesto no solo tiene un efecto jurídico directo, la no aprobación de éste, sino la censura al Gobierno y su correspondiente dimisión.

Las convenciones son muestra temprana de lo que hoy se denomina *soft law,* es decir, se trata de normas, salvo raras excepciones, no enjuiciables por los tribunales ni apoyadas por sanciones jurídicas, pero, como frente al inicial formalismo de Dicey (13) se ha afirmado con base en la práctica constitucional británica, sí por las políticas y sociales. La convención, por tanto, es un derecho vinculante, pero flexible hasta al extremo de que puede ser reversible (14).

2. Como el Prf. Cruz Villalón (15) señaló en un precoz ensayo de 1981, rasgo peculiar de nuestra Constitución de 1978 es que parte muy substantiva de la constitución material, esto es, la organización territorial del Estado, no se

contuviera en la constitución formal. «Este país –afirma– carece de constitución en un aspecto tan fundamental como el de la estructura del Estado». Es decir, un elemento clave de lo que Schmitt denominaría constitución positiva, la proyección espacial de la opción sobre el modo y forma de la vida y el ser colectivo, no se decidió por el constituyente y, en consecuencia no figurara en el texto constitucional. Lo que el constituyente decidió no fue una estructura territorial del Estado, sino un proceso para configurar tal estructura.

La consecuencia fue que, los primeros Estatutos de Autonomía, leyes de ocasión, los pactos políticos, la jurisprudencia e incluso la doctrina, suplieron la falta de normas constitucionales configuradoras del llamado Estado de las Autonomías. Muestra de ello fueron leyes como la LOTRAVA, LOTRACA y la Ley del Proceso Autonómico; los intentos doctrinales de racionalización, especialmente el llamado *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías* de 1981 (16), los subsiguientes Acuerdos Autonómicos del mismo año, su fruto más sazonado, la frustrada LOAPA, los nuevos Acuerdos Autonómicos de1992 o el concepto de «bloque de constitucionalidad» (17), categoría importada de la doctrina francesa.

Así, el vacío que causaba la «curiosidad de jurista persa» fue colmado por una profunda mutación, capaz de causar no curiosidad sino temeroso pasmo. El provocado por el paso desde la constitucionalización de un proceso, al de una estructura distinta de aquella hacia la que el proceso se dirigía, sin alterar las prescripciones de aquel. Esto es, la alteración del contenido normativo de la Constitución mediante su desarrollo en sentido ajeno al en ella previsto y la ablación de sus prescripciones por medio de convenciones. Así lo ha descrito con ejemplar rigor documental el Prf. Meilán Gil (18). El resultado fue lo que el italiano Zangara (19) llamó «constitución convencional».

No se trata de un fenómeno extraño a nuestro constitucionalismo. Ni al histórico, como muestra la introducción del parlamentarismo en el reinado de Isabel II (20), ni al presente. En efecto, la constitución española de 1978 ha sido objeto de significativas mutaciones, en cerca de su medio siglo de vigencia. Mutaciones, tanto heterónomas por la pertenencia de España a la UE, según mostraran en su día los profesores Pérez Tremps y Muñoz Machado (21), como autóctonas. Si todavía se desconoce la *desuetudo* de normas constitucionales, es evidente la consolidación de prácticas contrarias al mandato constitucional expreso (v. gr. la aparición de un mandato neoimperativo a favor de los partidos políticos pese al tenor del art. 67, 2 CE); el cambio de significado de los términos de la Constitución por la dinámica del proceso público del que la jurisprudencia constitucional ha sido eco (v. gr. el sentido de «vida» art. 15 CE, o de «matrimonio» art. 28,1 CE a la luz de las consideraciones hechas por el

Consejo de Estado en su dictamen n.º 6208/2004 sobre el proyecto de ley de reforma del Código Civil y la correspondiente STC 198/2012); la actuación institucional no prevista en la Constitución (v. gr. los mensajes del Rey a las Cortes, otras instituciones y al pueblo, no contemplados en el art. 62 CE) o la interpretación expansiva de algunos derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional (v. gr. art. 23,2 CE a partir de la STC 751983).

Ahora bien, esta breve exposición de la vigencia de la mutación en nuestra vida constitucional plantea la cuestión de hasta dónde puede llegar la mutación convencional y cuál es su finalidad.

Konrad Hesse (22) ha puesto de relieve la dificultad suprema de conciliar la «fuerza normativa de los hechos» teorizada por Jellinek (23), subyacente a otras formulaciones doctrinales sobre la materia, llámense «realidad constitucional» o «ámbito normativo de la constitución» (24) y la función estabilizadora del texto constitucional, sin que de su propio análisis resulte una solución satisfactoria. En efecto, señalar como límite a la mutación la literalidad del texto constitucional descalifica como inconstitucionales y deja al margen del fenómeno de la mutación gran número de fenómenos políticos de los que un constitucionalismo vivo está llamado a dar cuenta ¿Cómo dejar al margen de una constitución viva las trasformaciones hacendísticas ocurridas en el II Reich, bajo el texto de 1871, la cláusula Frankenstein, que analizara Laband o la evolución del mando militar del Jefe del Estado, sea monárquico o republicano, desde el control operacional al mando eminente, en los sistemas parlamentarios de nuestros días?

Desde un punto de vista dogmático, me parece lo más acertado proseguir la vía incoada por Hsü-Dau-Lin de atender a la visión, acuñada por Smend, de la Constitución como versión jurídica del proceso de integración política en que consiste el Estado (25). Desde tal perspectiva, el límite de la mutación constitucional estaría en la función integradora de la Constitución, que Karl Löwenstein (26) denominará su «telos». Una vez más, la finalidad como principio rector de la norma y fundamento de su interpretación teleológica, algo que está claro en las convenciones constitucionales británicas (27). Sería, en consecuencia, aceptable la mutación que sirviera a la finalidad integradora de la Constitución.

De las diferentes vías de mutación constitucional, a los efectos que aquí interesan, cabe destacar dos: la interpretación jurisdiccional de la constitución y lo que Jellinek denominó la mutación convencional.

La incidencia de la jurisprudencia constitucional en la configuración del presente Estado Autonómico es bien conocida y su importancia valorada allende el juicio que merezca su calidad y oportunidad. Cualesquiera que ésta sea,

«resulta indiscutible que la aportación del Tribunal Constitucional a la definición del sistema autonómico ha sido de primera magnitud; tan relevante ha sido esa contribución que, con razón, se ha podido calificar a la nueva estructura territorial del Estado surgida de la Constitución de 1978 como Estado Autonómico jurisdiccional» (28).

En cuanto a la mutación convencional, fue el profesor de Bolonia Luciano Vandelli, en obra avalada por la autoridad de García de Enterría sobre *El Ordenamiento Español de las Comunidades Autónomas* (29), quien primero propuso la aplicación de tal categoría dogmática a los *Acuerdos Autonómicos* de 1981 y a ella conviene recurrir a la hora de esclarecer los fundamentos constitucionales del Estado autonómico y de contribuir a despejar su futuro

En efecto, todos los caracteres de la convención constitucional atrás señalados coinciden en dichos Acuerdos Autonómicos de 1981. Fueron los principales actores del proceso político del momento, UCD y PSOE, los que concluyeron unos acuerdos, fijados por escrito, en virtud de los cuales se desarrollaron toda una serie de programas normativos que si mutaron la Constitución lo hicieron a partir de la misma, substituyendo la violación de la letra por su marginación. Así se abandonó el principio dispositivo previsto por el art. 143 CE, para la constitución de Comunidades Autónomas, cerrando al mapa autonómico; se prescindió del calendario previsto en el art. 148,5 CE; se optó por configurar las CCAA sobre el modelo previsto por el art. 152 y se inició un proceso de homologación de competencias de las mismas. La jurisprudencia constitucional completó tan importante mutación. Los Acuerdos de 1992 y la consiguiente ley 9/1992 continuaron la mutación y el primer gobierno Aznar (1996-2000) abrió la puerta a su culminación mediante una ola de reformas estatutarias (30).

No cabe duda, en consecuencia, que el presente Estado de las Autonomía no tiene su efectivo fundamento en la Constitución formal, esto es en el desarrollo y aplicación del título VIII de la Constitución, sino en la mutación convencional consensuada de dicha Constitución. Lo que Cruz Villalón denominó nuestra Constitución territorial es, utilizando los ya citados términos de V. Zangara, una constitución convencional.

3. Ahora bien, si el poder de reforma de la constitución puede, salvo en el supuesto de una constitución expresamente «pétrea», modificar gran parte de las opciones que en su día adoptara el constituyente, es lógico que las mutaciones constitucionales puedan ser, a su vez, objeto de mutación. Esto es, una convención consensuada puede ser revisada mediante un nuevo consenso. En ello consiste la reversibilidad de las convenciones. La fuerza normativa y

el poder vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vía de mutación como la convención lo es según antes señalé, ofrece un paralelo irrefutable: el Tribunal Constitucional puede modificar su propia doctrina (art. 13 LOTC) y así lo hizo en la S 31/2010 al superponer las Leyes Orgánicas estatales al Estatuto de Autonomía de Cataluña del 2006, en oposición a la doctrina mantenida en la Sentencia 247/2007 (FJ. 6) del mismo Tribunal y que respondía a la categoría de «normas interpuestas», en su día formulada por Ignacio de Otto (31).

Si, para un mejor servicio a la finalidad integradora de la constitución, fuera preciso reordenar la vigente constitución territorial para un satisfactorio acomodo de Cataluña, sin perjuicio de la integridad del Estado, podría y debería ponderarse las ventajas de una mutación convencional por consenso que culminase en una adición a la vigente Constitución (32).

El reconocimiento constitucional de la identidad nacional catalana con vistas, no a su secesión, sino a reafirmar su voluntaria integración dentro de un proceso secular de autodeterminación histórica es problema suficientemente complicado y de difícil tratamiento como para enredarlo más abordándolo a través de una reforma de la Constitución y de una reforma global como la que desde algunos pagos políticos y académicos se ha propuesto. Antes al contrario, el problema catalán, aunque afecte a España entera, debe ser aislado y tratado singularmente y de forma cuanto más sencilla mejor. Si se inserta en una reforma global, la opción catalana tenderá a generalizarse y perderá la capacidad singularizadora que el reconocimiento de una realidad tan singular como es la catalana, requiere.

A mi juicio, la apertura hoy día de un proceso constituyente ofrece más desventajas –incremento del disenso político, inestabilidad institucional, crecientes tensiones sociales, probable frustración ante los resultados– que ventajas. Y quien lo dude piense cuál sería la actitud de los partidos y de la propia sociedad civil a la hora de optar por la forma de Estado y de gobierno, la extensión de los derechos fundamentales o la administración de justicia, cuando no puede consensuar una reforma laboral o educativa, sin duda importantes, pero de mucho menor calado que aquellas otras. Por eso, creo que hay que depurar la líbido constituyente y, aplazando otras cuestiones sin duda importantes, centrarse en lo que, además de importante, es urgente: Cataluña. Me explico.

En lugar de abordar una reforma de la Constitución, política y técnicamente preñada de riesgos, intentemos una mutación constitucional: la alteración de la Constitución sin modificar su texto.

Lo hecho en 1981 por vía de pacto, esto es la generalización y homogeneización de las Autonomías, puede invertirse por vía de pacto y singularizar

una o varias Comunidades Autónomas e incluso pasando de la mutación a una prudente revisión, formalizarlo en una Disposición Adicional. Si existiera la voluntad política para pactar no sería difícil añadir por la vía del art. 167 una nueva Adicional sobre el modelo de la ya existente, como no lo fue la reforma del art. 135 en el 2011.

El Consejo de Estado, entre 1987 y 1993 propugnó la extensión a Cataluña y Galicia de la Adicional Primera, al considerar sus respectivos derechos forales como derechos históricos y proyectando en lo público la previsión constitucional para el derecho privado (33).

Ciertamente el Tribunal Constitucional negó esta posibilidad en ulterior Sentencia 88/1993 de 12 de marzo. Pero es claro que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional también puede dar pie a otras mutaciones. Si la S. 31/2010 sobre el Estatuto Catalán del 2006 invirtió anteriores doctrinas del mismo Supremo intérprete de la Constitución y mutó en determinado sentido nuestra constitución autonómica (34), la revisión de dicha doctrina para atender a las evidentemente nuevas y bullentes «circunstancias sociales del tiempo en que la norma a de ser aplicada» (art. 3 CC), está en manos del propio Tribunal (arts. 13 LOTC) Esta revisión doctrinal podría inaugurar una nueva mutación eliminando cuanto en ellas se negaba de retórico a la identidad nacional.

Y, en todo caso, no faltan a Cataluña derechos históricos reconocidos en el bloque de constitucionalidad: La Transitoria segunda de la Constitución, puesto que Cataluña plebiscitó un Estatuto de Autonomía y lo mantuvo en vigor desde 1932 a 1936, Disposición Transitoria que podría recalificarse como nueva Adicional (35). Y los derechos históricos invocados en el art. 5 del Estatuto del 2006 que no anuló la citada STC 31/2010, aunque limitó su efectividad a los territorios forales ¿por qué esta categoría va a ser aplicable solamente a la foralidad vasca y navarra y no a otro hecho histórico generador de derecho como es la experiencia estatutaria más reciente?

¿Acaso nuestra actual doctrina constitucional ha de estar prisionera de la de 5 de Abril de 1938, texto en absoluta contradicción con los principios de nuestra Constitución? Baste para comprobarlo subrayar su tenor: «… el Estatuto de Cataluña, en mala hora concedido por la República dejó de tener validez en el orden jurídico español desde el día 17 de julio de 1936. Importa por lo tanto restablecer un régimen de derecho público que, de acuerdo con el principio de unidad de la patria, devuelva a aquellas provincias el honor de ser gobernadas en pie de igualdad con sus hermanas del resto de España».

Sobre la nueva Disposición Adicional, podría elaborarse para Cataluña un Instrumento de Gobierno donde se blindasen competencias estratégicas tales como las económico-financieras, educativas, lingüísticas y culturales. Un Instrumento

de Gobierno formalmente pactado con el Estado –¿Acaso no lo está el Amejoramiento del Fuero de Navarra?– y como tal inmodificable unilateralmente, incluso por vía de hecho, de normativa básica o de jurisprudencia, que se sometiera en su día al referéndum del pueblo catalán de acuerdo con el art. 152.2 CE.

Esto sería, de verdad, tanto integrar como decidir. En integrar consiste el verdadero españolismo, en decidir la voluntad de los catalanes y para que ambos coincidan sirve la mutación.

NOTAS

(1) Cf. Marshall, *Constitutional Conventions,* Oxford (Clarendon Press) 1984. En la doctrina española es fundamental, sobre todo lo que sigue, Pedro de Vega, *La Reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.* Madrid (Tecnos), 1988.

(2) Hatscheck, «Konventionalzegeln oder über die Grenzen der Naturwisenchaftlich Begriffsbildung in öffentlichhen Recht» *Jaharbuch des Gegenwart, III, 1909, p. 1ss.*

(3) «Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung», *Jahrbuch d. Gehestiftung zu Dresden,* 1/1895, p. 149 y ss.

(4) *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung,* Berlin, 1906 (trad. española de Lucas Verdú, con amplio y docto estudio preliminar, Madrid, CEC, 1991). Adda. Cf. Löwenstein, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung,* Tubinga,1931.

(5) Jennings, *Cabinet Government,* 3.ª ed., Cambridge (University Press) 1959, p. 5 y ss.

(6) *Moniteur Belge, 6 Aout 1949.* p.7589 y ss.

(7) A partir de experiencias históricas de la propia Francia (cf. Gilson, *La découverte du régime présidentiel*, Paris (LGDJ), 1968, p. 293 y ss. y 337 y ss.), cf. Vedel, «Vers le régime présidentiel» *Revue Francaise de Science Politique,* XIV)1964) 1, p. 20 y ss., Últimamente cf. Aromaterio, «La dérive des institutions vers un régime présidentiel», *Revue de Droit Public,* 2007, 3, p. 731 y ss.

(8) G. Taylor, «Convention by consensus: Constitutional conventions in Germany» *International Journal of Constitutional Law,* 2014, vol. 12, n.º 2, p. 303 y ss. y la bibliografía sobre Austria allí citada. Contrasta con el volumen y orientación de la bibliografia anterior cf. Hesse, *loc. cit.,* p. 87, nota 1.

(9) Cf. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali,* Padua, CEDAM, 1972.

(10) Es clave Jennings, *Cabinet Government, cit.* p. 412; cf. de Smith, *The New Commonwelh and its Constitutions,* Londres (Stevens & Sons) 1964, p. 90 y ss. y en especial 98 y ss. Un ejemplo en Hickling «The first five years of Malaya Constitution en *Malaya Law Review 4,* 1962, 2 p. 186 y ss. Una síntesis de la cuestión doctrinal en Blackburn, «Monarchy and the Personal Prerogatives», *Public Law,* Autom 2004 n.º 74, p. 546 y ss.

(11) Así ocurrió a la hora de ratificar el Tratado de Maastricht cuando el Presidente Federal aplazó su decisión hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional.

(12) Mi trabajo «Los mensajes regios» en *Libro Homenaje a Jaime Guasp,* Granada (Colmares), 1984, p. 315 y ss.

(13) Cf. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution. III* (ed, Wade, Londes 1959).

(14) Walter Bognador *(The Monarchy and the Constitution,* Oxford, Clarendon, 1997, p 91-93), pone como ejemplo de la reversibilidad de las convenciones el que el nombramiento de Baldwin en lugar de Curzon en 1922 no significa la definitiva exclusión de los Pares del cargo de Primer Ministro.

(15) «La curiosidad de un jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 4* (1981), p. 53 y ss., recogido en *La curiosidad de un jurista persa y otro estudios sobre la Constitución,* Madrid (CEPyC) 1999 p. 381 y ss.

(16) *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías,* Centro de Estudios Constitucionales, Mayo 1981 (Madrid, CEC, 1981Colección Informes n.º 32).

(17) Rubio, *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, p. 99 y ss.

(18) *El itinerario desviado del Estado Autonómico y su futuro,* A Coruña (Bubok), 2014, en especial pp. 62 y 134 y ss. Las consecuencias políticas las denuncie yo en una temprana conferencia, pronun-

ciada en el Ateneo de Madrid, el 9 de abril 1981 y publicada en un libro que sobran razones para olvidar, *Ideas para Moderados,* Madrid (Unión Editorial) 1982, p. y en especial p. 303 y ss.

(19) Zangara, «Costituzione materiales e Costituzione convenzionale. Notazione e spunti», *Scritti in onore G. Mortati,* Milan (Giuffré) 1977, t. I.

(20) Marcuello, *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II,* Madrid, 1986, p. 41 y ss.

(21) Muñoz Machado, *Le Unión Europea y las mutaciones del Estado,* Madrid (Civitas), 1993.

(22) «Limites de la mutación constitucional» *Escritos de Derecho Constitucional (Selección),* trad. esp. Madrid (CEC), 1983, p. 85 y ss.

(23) Jellinek no utiliza en el texto citado de 1906 esta categoría a la que da especial realce en su Teoría General de 1900.

(24) Estas categorías son utilizadas por Laband (vd. supra nota 3) y Müller («Thesen zur Struktur von Rechtsnormen» en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LVI (1970), p. 503.

(25) Cf. Hsü Dau Lin, *Die Verfassungswandlung,* Berlín y Leipzig, 1932, desarrollando el pensamiento de Smend, expuesto en 1928.

(26) Cf. *Teoría de la Constitución,* trad.esp. Barcelona (Ariel), 1964, p 162 que recoge del mismo autor *Über Wessen, Thechnik und Grenzen der Verfassungsänderung,* Berlin, 1961.

(27) Las convenciones tienen por finalidad hacer efectivo, más allá de las formas, el poder del soberano: el pueblo (Dicey*).*

(28) Fernández Farreres, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico,* Madrid (Iustel) 2005, p. 17 y *passim.*

(29) Madrid (IEAL), 1982, p. 403 y ss.

(30) Cf. Meilán *Op. cit.,* p. 196 y ss.

(31) Cf. de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.* Barcelona (Ariel) 1989, p. 94.

(32) Expuse esta tesis en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en el otoño del 2012 y la reitere en el Círculo de Economía de Barcelona el 9 de abril del 2013 («Para el reconocimiento constitucional de Cataluña» *La reforma de la democracia española. Las dimensiones políticas de la crisis,* Circulo de Economía, 2013, p. 47 y ss. La idea fue descalificada por el Gobierno con el argumento «¡Ya están los listos!» ¿Era acaso mejor que se quedaran los tontos?

(33) Cf. *Recopilación de Doctrina Legal* 1987, p. 87-95; 1988, p. 65-103, los recopiladores no recogieron la mención de la Adicional Primera que sí está en el original del dictamen n.º 50.452; 1989, p. 61-66; 1991, p. 146-163; 1992. p. 153-176; 1993, p. 66-103).

(34) Entre otros muchos análisis que muestran el alcance del cambio de doctrina jurisprudencial cf., el ponderado y, por ello mismo, más elocuente ensayo de Tornos «El Estatuto de Autonomía de Cataluña y el Estado Autonómico. Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010» *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* n.º 15. Octubre 2010, p. 18 y ss.

(35) Meilán, *Op. cit.* p. 233.

7. BALANCE DE UN SIGLO DE CONSTITUCIONALISMO

De la racionalización al neohistoricismo

La razón del presente ensayo es atender la insistente sugerencia de nuestro Presidente para centrar los trabajos de esta Casa durante el presente curso en torno a un balance finisecular. Esto es, cuál sea el estado, a lo largo de la centuria que ahora termina, de la disciplina especialidad de cada cual, o, en mi caso, por razones evidentes, mera afición.

La dimensión de la tarea obliga a ser selectivo y en ello va implícito algo de prescriptivo. Lo primero me permite, por esta vez, limitar la erudición en beneficio de la intuición y seleccionar aquellos datos positivos y, excepcionalmente, jurisprudenciales y doctrinales, de donde, en el más ortodoxo «more husserliano», tomar conciencia de ejemplo para explicitar el sentido de una realidad que, por extenderse a lo largo de un siglo, sólo puede ser comprendida como proceso. No se menciona todo, ni siquiera lo más importante o mejor (nadie se ofenda, pues, por no ser citado) sino lo más relevante como indicio de una tendencia o como ilustración documental de la misma.

En cuanto a lo segundo, por sinceros que sean los propósitos de objetividad, es obvio que, al seleccionar fenómenos y dar cuenta de sus interpretaciones, el relator atiende a lo que estima más significativo y lo hace, inevitablemente, de acuerdo con sus preferencias, viendo en el ser que nace o declina indicios de lo que estima debiera llegar a ser o desaparecer.

El constitucionalista no puede renunciar a la vocación más o menos consciente de constituyente y su análisis, sea el de Sieyès o el de Hamilton, el de Preuss, Debré, Jennings o el mío propio –y no somos tantos los que hemos tenido una constitución entre las manos– tiene siempre algo de manifiesto programático.

¿Cuáles son los límites históricos del siglo? El término *ad quem* está claro; puesto que se trata de hacer un balance en el año 2000. Pero, ¿y el término *a quo?* A muchos efectos, el siglo XIX termina con la Primera Guerra Mundial y, en cuanto hace al Derecho constitucional, el XX comienza con la primera postguerra y los nuevos textos constitucionales que en ella ven la luz. Incluso uno novedoso, ajeno a esa circunstancia, el mejicano de 1917, en opinión de muchos origen del moderno constitucionalismo social, coincide cronológicamente con la eclosión de nuevas constituciones en Europa.

Este hito fundamental en la historia del moderno constitucionalismo es el punto de referencia para interpretar la reflexión doctrinal. Así, aunque Kelsen delimitara el método jurídico frente al sociológico desde 1911, su obra fundamental, *Problemas capitales de la Teoría del Estado* es de 1923, cuando ya su autor ha inspirado la Constitución austríaca de 1920 y las que le son paralelas. Por el contrario, la *Teoría General del Estado* de Jellinek, publicada en 1900, sólo está vigente directamente hasta la caída del II Reich, sin perjuicio de su influencia a lo largo de todo el siglo, tanto sobre el propio Kelsen –recuérdese el Prólogo a la *Teoría General* de 1925– como, por ejemplo en Francia, a través de la reacción de Duguit –cuyas obras más importantes se inician con el siglo– o de la recepción por Carré de Malberg, y en los países de habla española, a partir de la traducción por Fernando de los Ríos en 1924.

Este es el período más fecundo del moderno Derecho constitucional, no sólo cuantitativa sino cualitativamente. Primero, porque el siglo que ahora acaba ha visto lo que, con razón, Löwenstein denomina la universalización de la Constitución escrita. Tanto porque el Estado moderno es la forma política que ha llegado a extenderse a todo el planeta, como porque, casi sin excepción, los Estados han adoptado una Constitución. Algo que no es casual sino debido a un mismo proceso de racionalización de la vida política que, por una parte, hace de la Nación el cuerpo político que justifica al Estado frente a los Imperios de antaño y, de otra, codifica los valores básicos y las reglas de procedimiento de la vida colectiva. Como traté de mostrar en mi ya vieja tesis doctoral, *Nacionalismo y Constitucionalismo* (1971) son, así, polos correlativos de un proceso de modernización. No hay modernización sin Estado nacional y todo Estado nacional se da una Constitución. Así ocurrió en la Europa decimonónica y después en América y así ha ocurrido en este siglo tanto en Centroeuropa primero como en Asia y África después.

Ciertamente que esta universalización de la Constitución escrita va al paso de su desvalorización y relativización. El rigor propio de lo simbólico corre el peligro de disolverse en mera retórica si el símbolo se toma como metáfora. Por eso, muchas de las constituciones adoptadas como emblema de modernidad,

son, en el sentido que al término diera el propio Löwenstein, Constituciones sólo nominales e incluso meramente semánticas y muchas, aunque no todas, de las normas fundamentales africanas y asiáticas son buen ejemplo de ello.

Sin embargo, también en este caso, incluso la mera retórica constitucional tiene su incidencia en la realidad. Porque toda Constitución de nuestro tiempo tiende o simula tender hacia una cierta pretensión de validez. Esto es, las Constituciones son normativas e incluso las nominales y semánticas aparentan serlo e, invirtiendo el proceso antes descrito, lo retórico termina aspirando a conseguir la plena eficacia de lo simbólico. Así por ejemplo, las Constituciones democráticas de la segunda postguerra y, en general, las nacidas de la descolonización y de la disolución del Imperio Soviético, acentúan la pretensión integradora que el sagaz Rudolf Smend intuyera en los años veinte como esencia del constitucionalismo. Así lo revela el llamado patriotismo constitucional propugnado por Habermas respecto de la GG; la búsqueda de la autoctonía constitucional en Irlanda primero y, después, en los Estados nacidos de la descolonización; o la llamada recuperación de la identidad nacional a través de emblemas e instituciones constitucionales, cargados todos ellos de valores simbólicos, en los países de Europa Central y Oriental a partir de 1989.

Y, más aún, se acentúa el sentimiento constitucional que no consiste sólo en lealtad a las instituciones constitucionales, sino en la confianza, a veces excesiva, en sus capacidades, rayana en ocasiones en magia constitucional.

En fin, muchas Constituciones y de los más importantes países de toda latitud, pretenden ser y son realmente normativas, es decir, someten el proceso político a reglas de Derecho que, si bien no lo substituyen, sí lo encauzan, garantizando su eficacia con un sistema de controles judiciales. La difusión de la jurisdicción constitucional, tanto en Europa continental como en América, Asia y África, es buena prueba de ello. Las Constituciones no son, pues, mero programa, sino todo un complejo normativo con pretensiones de validez suprema y, en muchos casos, inmediata. Por ello es posible desarrollar en torno a ellas no sólo una mera descripción institucional, sino toda una construcción dogmática. Si la doctrina había acuñado conceptos político-constitucionales desde comienzos del siglo XIX, la categorización jurídica es obra del XX, fundamentalmente alemana e italiana.

Ello ha dado lugar a una tercera característica del constitucionalismo finisecular: su desdramatización. El Derecho constitucional continental como, desde siempre, el anglosajón, es o aspira a ser, según su grado de madurez, sólo derecho, esto es, la vida misma considerada desde una determinada perspectiva: la resolución de conflictos entre los gobernantes y de sus relaciones

con los gobernados para conseguir la paz, la justicia y, lo que es presupuesto de ambas, la integración política.

Ello da lugar, al menos, a las siguientes consecuencias. Primero, lo que Maunz denomina Constitución viva, desborda los límites de la Constitución escrita y se integra por amplios grupos normativos, prácticas consuetudinarias e interpretaciones jurisprudenciales e incluso doctrinales. El Derecho constitucional es base del Derecho público tanto como del Derecho privado. Pero, por ello mismo, ha hecho cuerpo con ambos. Si el Derecho administrativo, desde la recepción por el Conseil d'État francés de los derechos sociales proclamados en 1946 hasta lo que García de Enterría ha denominado *Hacia una nueva justicia administrativa* se explica sobre la base de imperativos constitucionales, el iusprivativista sólo puede analizar los llamados derechos de la personalidad o los derechos patrimoniales, a la luz de los Derechos Fundamentales proclamados en la Constitución.

Esta substantivación tiene el coste doctrinal de primar el Derecho constitucional particular sobre el general y el comparado, hasta el punto de que la teoría de la Constitución no es ya Teoría del Estado sino parte general de un concreto sistema constitucional, y el Derecho procesal constitucional se conviene en el sector más cultivado por la doctrina como correlato a la rampante judicialización de la política constitucionalizada.

Ello nos aleja de las doctrinas de la crisis, tan en boga en los años treinta y cuarenta de este siglo, y da pie al auge del neoconstitucionalismo o neopositivismo representado, v. gr., por Faverau, que tanto ha influido en España. Frente a la calificación de la Constitución como mera supervivencia, enunciada en 1955 por la más autorizada doctrina francesa (Burdeau), el neopositivismo anuncia su resurrección, pero transmutada en jurisprudencia constitucional.

La judicialización hace de la polémica protagonizada por Kelsen y Schmitt en torno a la defensa de la Constitución una pieza de museo. Pero Finlandia (en los años treinta), Francia (1958, 1961) y España (1981) han conocido en las últimas décadas candentes ejemplos de la defensa política del orden constitucional. Los factores simbólicos de integración han sido minusvalorados por la doctrina y aun por la jurisprudencia, pero la práctica demuestra su eficacia por doquier, desde Bélgica a Australia. La transformación del constitucionalismo en metafísica con Schmitt, en sociología con Heller o en epistemología con Kelsen, qué caracterizara, a juicio de nuestro compañero Javier Conde, el Derecho político actual, es agua definitivamente pasada. Pero los legados de estos autores, enterradas ya sus disputas, siguen vigentes y la Constitución es norma gracias a Kelsen, porque, como dijera Schmitt, supone una decisión existencial

de lo que Smend calificara como cuerpo político, fruto de un permanente proceso de integración.

La antes señalada universalización de la Constitución escrita, característica del siglo xx, tiene lugar a través de diferentes oleadas, para cuya clasificación acudiré a la tipología de Biscaretti di Ruffia, entre Estados de democracia clásica, Estados autoritarios y Estados socialistas.

La estirpe socialista que tanta importancia ha tenido, especialmente entre 1946 y 1989, parece definitivamente agotada al terminar el siglo. Si hoy abundan los regímenes autoritarios, no utilizan ya las fórmulas propias de un constitucionalismo que arranca de la Constitución consular francesa de 1799 y llega a la Ley Orgánica del Estado española de 1966, sino que se escudan bajo las instituciones, a veces deformadas, de la democracia clásica. Reduciré por lo tanto a esta mi examen.

La primera postguerra vio el nacimiento de lo que Boris Mirkine Guetzévitch, Académico correspondiente de esta Casa, denominó *Las nuevas Constituciones de Europa,* nacidas de los escombros de los Imperios alemán, austríaco y ruso destruidos por la guerra, y de las que es epígono muy tardío la española de 1931. Paralelamente, la disolución del Imperio Otomano dio lugar a toda una generación de constituciones árabes, de corte liberal hasta la egipcia de 1956. En la década siguiente tuvo lugar el fortalecimiento del ejecutivo e incluso la emergencia de regímenes totalitarios, pero si el nacionalsocialismo repelía cualquier noción de Constitución, los autoritarismos europeos y sus paralelos americanos y asiáticos plasmaron en importantes constituciones (Leyes italianas de 1925, proyecto español 1929, Portugal 1932, Brasil y Austria 1934, Polonia 1935, etc., de todo lo cual son epígonos las Leyes Fundamentales españolas de 1937 a 1966), algunas de las cuales, especialmente las leyes italianas, dieron lugar a importante literatura técnico-jurídica.

La segunda postguerra dio lugar a tres tipos de Constituciones. Las reactivas frente a los regímenes vencidos (Francia, 1946; el Japón, 1946; Italia, 1948); las de las repúblicas populares, que iniciaron una frondosa estirpe prolongada hasta la década de los ochenta; y aquellas constituciones que no sólo reaccionan frente al autoritarismo, sino frente al desgobierno que se supone estuvo en su origen. Tal es el caso de la propia Constitución alemana de 1948 y de la francesa de 1958.

En paralelo, tuvo lugar la primera fase de la descolonización con una serie de constituciones de corte socialdemócrata, cuyos exponentes más principales son la birmana de 1948, la india de 1950 y la de Pakistán de 1956.

En la misma década, se inicia la segunda fase de la descolonización, que se prolonga durante veinte años a través de los procesos constituyentes subsi-

guientes a la independencia de los nuevos Estados asiáticos y africanos, en las que se optan por fórmulas presidencialistas de tendencia autoritaria, a partir de la Constitución marfileña de 1960 y de la paquistaní de 1962.

Por último, la disolución del Imperio Soviético, primero, y de la propia URSS después, ponen fin al constitucionalismo propio del socialismo real y dan lugar a una serie de constituciones liberal-democráticas, que en ocasiones ocultan sistemas políticos autoritarios.

La racionalización del poder

¿Cómo puede caracterizarse tan abigarrado conjunto? El rasgo fundamental del constitucionalismo del siglo que acaba es la racionalización del poder, entendida en un triple sentido.

Primero, como reacción frente al historicismo de la época inmediatamente anterior. Si constituciones y códigos fueron desde el comienzo empresas de racionalización, ciertamente la permanencia del Antiguo Régimen hasta 1918, se refleja, entre otros extremos, en el historicismo imperante en el Derecho constitucional. Baste pensar en construcciones características de la escuela alemana del Derecho público, como el Principio Monárquico o los Fragmentos de Estado, vigentes hasta 1919. Es este carácter reactivo del constitucionalismo de la primera mitad del siglo el que lleva a acentuar la laicidad, por ejemplo en España en 1931, o establecer repúblicas sin republicanos, como en Alemania, Austria, Bohemia o Finlandia. En el resto de Europa, salvo en España, la república hubo de esperar para ser proclamada a la ocupación militar extranjera. Por el contrario, años después, en los Estados nacidos de la descolonización, el nacionalismo, salvo en raros casos, impuso la forma republicana y eliminó las aristocráticas tradicionales, tachadas de arcaizantes.

No se trata de oleadas constitucionales inconexas entre sí. La ya acuñada tipología de Biscaretti permite construir estirpes (v. gr., democrática, autoritaria o socialista) y tangentes a cada una de ellas, generaciones, caracterizadas por rasgos comunes. Por ejemplo, el fortalecimiento constitucional del Ejecutivo sucede al parlamentarismo en África en los sesenta, como en Europa en los treinta, o, por doquier, la socialdemocracia de las declaraciones dogmáticas a las liberales. En fin, es posible detectar entre tales fenómenos influencias recíprocas que permiten establecer filiaciones de lo originario a lo derivado y hablar de recepción constitucional. La vigente Constitución española es buen ejemplo de ello.

Segundo, la racionalización se manifiesta ante todo en la negación de la autonomía del poder político y en su sometimiento al derecho. En ello insisten

las nuevas constituciones, desde la alemana de 1919 hasta la vigente Ley Fundamental de la República Federal, especialmente a través de la llamada cláusula de oro del Estado de derecho –el pleno sometimiento del poder al derecho y una garantía jurisdiccional– seguida después por otras constituciones, v. gr., la española vigente.

Ciertamente, lo que diferencia la nueva legalización del poder de la recepción del Derecho romano o de la recepción ulterior del Derecho natural racionalista, es que ahora la ley es expresión de la voluntad general. Racionalización equivale a democratización. Esta es la primera tendencia del nuevo Derecho constitucional que enunciara Boris Mirkine Guetzevitch y cuyo interno dinamismo, como veremos más adelante, hace evolucionar el Derecho constitucional en novísimas direcciones. Pero la Constitución democrática, precisamente por expresar con suma radicalidad la voluntad del pueblo soberano y condicionar a ella cualquier otra manifestación constituida de la voluntad general, se considera plena, esto es, comprensiva en su literalidad, de la regulación normativa de los valores fundamentales de la comunidad política y de la estructura y procedimientos de las instituciones básicas del Estado.

Por eso, y ésta es la tercera dimensión de la racionalización, las constituciones estudiadas pretenden reducir toda facticidad política a normatividad y regularlo todo. En expresión de Antonio de Luna, maestro de la entonces Universidad de Madrid, convertir la política en derecho procesal. Hay instituciones de relieve constitucional, como los Consejos Económico-sociales, que procuran racionalizar el diálogo social, y categorías como la garantía institucional o el mandato del legislador, que expresan, respectivamente, la racionalización de la seguridad o de la dinámica política. No hay política fuera de la Constitución. Es lo que Stern denomina empeño de remitirse a la ejecución constitucional; postulado susceptible de funcionar como pretexto o máscara.

La dogmática constitucional clásica, especialmente la de raíz kelseniana, y la escuela constitucionalista italiana, responden a esta visión de la Constitución literal, plena y normativa. Sin embargo, el impacto de la ciencia política sobre los juristas, la decantación de las visiones substancialistas de la Constitución (Schmitt, Mortati, Lucas Verdú) y la mayor complejidad de la vida político-social de la que las jurisdicciones constitucionales hubieron de dar cuenta, han llevado en las últimas tres décadas a una concepción distinta de la Constitución. Esta ya no aparece en un sólo texto, sino dispersa a través de todo un «bloque de constitucionalidad»; renuncia a la plenitud y pretende ser un mero «punto de Arquímedes» que permita la integración jurídica de la realidad sociopolítica; y su «normativa se abre a la facticidad», ya para ampararla y respetarla –v. gr, Disposición Adicional Primera de la CE respecto de los Derechos Históricos de

los Territorios Forales– ya para asumirla –v. gr., art. 10 CE respecto de las declaraciones internacionales de Derechos–, ya para, incluso, transformarla –v. gr. la llamada cláusula de transformación de la Constitución italiana, art. 3, seguida por el art. 9.2 CE–. Se trata, pues, de una Constitución abierta.

Ahora bien, si la Constitución en cuanto norma está formalmente abierta hasta el punto de que opciones inherentes a la Constitución que Schmitt denominara positiva se contienen en normas que ni siquiera son formalmente parte de la Constitución, ello se debe a que el sistema constitucional es, no ya formal, sino substancialmente abierto, y ello en un doble sentido. Por una parte, como señala Häberle, abierto al proceso, no ya político sino público, del que son actores una pluralidad de intérpretes, desde los tribunales constitucionales a la doctrina iuspublicista y la propia opinión pública, y que a partir de unos principios constitucionales y de acuerdo con unas reglas procedimentales, reelabora esos valores y reinterpreta esas reglas. Así, por ejemplo, es claro que, hoy día, el derecho a la vida proclamado en numerosas constituciones y otros instrumentos del mismo o mayor rango, como son las declaraciones internacionales de derechos, significa algo distinto a lo que significaba muy mayoritariamente hace varias décadas. Y los valores consagrados en el denominado Derecho constitucional económico significan cosas diferentes interpretados a la luz de un pensamiento único, aunque sea alternativo, o a la luz del pacto y del consenso.

De otro lado, como señala Schneider, la apertura del sistema constitucional es de carácter estructural. Esto es, se abre tanto a realidades infra y para estatales como supra e internacionales. Y tal es el sentido de las nuevas vías del federalismo o el nuevo Derecho internacional constitucional que más adelante expondré. En instrumentar esta apertura vertical tanto como horizontal, radicarán, al decir de Häberle, *Los retos actuales del Estado Constitucional*. Gustavo Zagrebelsky, en su obra sobre *El diritto mitte* (1992), ha esbozado una crítica transcendental de esta nueva concepción de la Constitución y de su Teoría.

La dinámica de la racionalización así esbozada y cuyos últimos avatares son tan distintos de los que hubiera podido imaginar el citado Boris Mirkine Guetzevitch, se explicitan en cinco principales dimensiones, correspondientes a las otras tantas *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional* que el mencionado autor señalase en 1931 como propias de la primera postguerra mundial.

Democracia

La primera es, sin duda, la opción democrática. Frente al Principio Monárquico que caracterizaba el constitucionalismo de Europa Central y

Oriental hasta 1918, o la ambigua versión doctrinaria que inspiraba expresa o tácitamente el Estatuto Albertino de 1848, la Constitución sueca de 1866 y la española de 1876, el principio democrático podía considerarse todavía minoritario hasta la I Guerra Mundial.

El primer carácter de las nuevas constituciones es afirmar, sin ambages, la soberanía nacional. Y, en un estadio posterior, la soberanía popular o, en fórmula mixta, la soberanía nacional del pueblo (España, 1978). La tendencia, claramente marcada a partir de la Constitución de Weimar de 1919 y que en España se introduce en 1931, se extiende en la segunda postguerra tanto en Europa, donde incluso inspira los textos autoritarios, como es el caso de las Leyes Fundamentales españolas, como fuera de Europa, empezando por el Japón y siguiendo por todos los Estados fruto de la descolonización.

Consecuencias de este nítido principio democrático es la difusión del referéndum como instrumento de democracia directa, la decadencia del bicameralismo por el debilitamiento de las Cámaras Altas cuando no por su supresión, y la consagración constitucional del Estado de Partidos.

Al terminar el siglo, el principio democrático se ha generalizado y hecho indiscutible e indiscutido. Hoy, son democráticas todas las constituciones vigentes. Y las últimas manifestaciones del Principio Monárquico en España (1976), Camboya (1955, sobre el artículo 21 de la Constitución de 1947), Bután (2008) y Nepal (entre 1959 y 1962), han sido instrumentos de democratización. Sin embargo, lo que hace unas décadas parecían manifestaciones evidentes de la democracia no siempre se han desarrollado en la dirección prevista.

El referéndum legislativo no ha tenido la difusión que se esperaba. Por el contrario, se ha desarrollado como instrumento constituyente y como herramienta de consulta sobre grandes problemas que, constitucionales o no, suponen decisiones políticas de gran calado, ya por su proyección axiológica (v. gr. aborto), ya porque afectan a la propia existencia de la comunidad política (v. gr. integración en la Unión Europea).

El mayor valor del referéndum consiste, sin duda, en reducir el control de la clase política sobre las decisiones populares. Así, por poner sólo algunos ejemplos, fue el referéndum el que permitió eliminar paulatinamente las instituciones heredadas de la IV República Francesa, la capacidad regia de recurrir a él aceleró la transición española, sus resultados moderaron el euroentusiasmo de la clase política francesa y ha salvado la Monarquía en Australia. Por eso mismo, allí donde la clase política considera imprescindible mantener su control, el referéndum se excluyó conscientemente de la Constitución. Por ejemplo, en la Ley Fundamental alemana (vid. art. 20.2 GG).

La ardorosa defensa que hiciera Hans Kelsen en su opúsculo *Esencia y valor de la democracia* (1928) de los partidos como principalísimos órganos constitucionales, portadores, cada uno de ellos, de una fracción de la soberanía popular, dieron su fruto. Primero mediante ley, después, en la segunda postguerra y en adelante, dando cumplimiento al esquema enunciado por Triepel, a través de las mismas constituciones. Los partidos adquieren así rango constitucional.

El Estado de Partidos se ha consolidado por doquier, si bien en el Continente más que en los países de raíz anglosajona, e incluso revestido formas patológicas calificadas de partitocracia. Pero esta misma hipertrofia del protagonismo y poder partidista, ha generado tendencias contrarias. De entre todas ellas, la más característica de este fin de siglo es la extensión e incluso constitucionalización de las Administraciones Independientes, potenciada, por vía comunitaria, en la Unión Europea. Esto es, de aquellas instituciones encargadas de garantizar la gestión objetiva y eficaz de determinadas parcelas de la cosa pública consideradas especialmente sensibles, como por ejemplo la política monetaria o la energética. En determinados países se encarga a Administraciones Independientes el control electoral –tanto en Estados surgidos de la descolonización británica como, más recientemente, iberoamericanos– y es patente la tendencia a configurar así la gestión de la justicia, como alternativa a su autogobierno, la función pública y aun la política presupuestaria. Si la neutralización del Estado, puesta en tela de juicio por su propia democratización, sé pretendió en un principio asegurar a través de la distribución y consiguiente equilibrio de poder entre los partidos, las sospechas que éstos levantan por doquier llevan, una vez que los partidos han monopolizado la democracia, a buscar la neutralización por la vía no democrática de la burocratización. Resucita así el Oberkeitstaat en determinados sectores. Por ejemplo, algo tan importante como la inspección del sistema financiero por el Banco Central, en España.

En España la doctrina legal del Consejo de Estado ha tratado al parecer con éxito inicial de poner freno a estas tendencias mediante una serie de dictámenes sintetizados en la Memoria del Consejo, correspondientes al 2019 (p. 193), y según la cual la potestad normativa de las autoridades administrativas independientes constitucionalmente admisible y legalmente reconocida, tienen caracteres propios frente al reglamentario del Gobierno. Se trata de una potestad no uniforme y de carácter limitado y técnico sometida al derecho administrativo general y que no puede derogar las normas reglamentarias dictadas por el gobierno o sus miembros, incluso cuando se trate de disposiciones que regulan materias asumidas por ellas. En su actuación deben acomodarse a los principios de buena regulación, sus actos y normas deben elaborarse de manera transparente y con la colaboración de los agentes interesados. La índole técni-

ca de su fundamento comporta que la memoria del impacto normativo que debe acompañarlas sea un instrumento primordial justificativo de su legitimidad y corrección y útil en consecuencia para su interpretación.

Doy por supuesto que los diseñadores de estas administraciones desconocían sus precedentes aunque sí intuían su futuro, extremos ambos que merecen un amplio estudio aún por hacer. La meta es evidente, un redivivo estado autoritario, es decir, exento de todo control democrático y jurisdiccional.

Lo primero, la independencia se pretende respecto del gobierno e incluso del ordenamiento todo, de manera que las citadas administraciones establezcan sus propias competencias y procedimientos.

Dicha independencia para ser del todo eficaz a mi juicio debería exigirse *interprivatos* cumpliendo la vieja formulada canónica que exigiera la separación «del lecho, la mesa y la habitación».

Pero los intentos más o menos, exitosos, de colonización de las administraciones independientes por las tecnoestructuras de los sectores empresariales y laborales afectados, fenómenos que se inician en los propios Estados Unidos, cuna de estas instituciones, es difícilmente evitable porque es claro que los especialistas que requieren las instituciones de control se han formado o proceden de los propios sectores a controlar.

Lo segundo, la exclusión del control democrático porque la dominación legitimada por la representación se sustituye por el «poder legitimado por el saber», atendiendo a la definición de burocracia que da Weber. Saber del que carece el electorado. El reciente libro del Profesor Esteve sobre *Los orígenes del pensamiento antiparlamentario* (2019), desde mediados del siglo XIX da luz sobre los fundamentos y los perfiles ideológicos de tan importante hito en el pensamiento político.

Lo tercero, la marginación del control jurisdiccional porque se niega a los jueces el saber técnico para ejercer un control responsable sobre los criterios y decisiones de unas administraciones altamente especializadas. Los responsables de las mismas no se recatan de afirmarlo a la hora de huir de los tribunales.

Tales metas son plenamente coherentes con los orígenes institucionales de esta tendencia: la génesis del estado autoritario en la constitución francesa del año VIII (1779), origen de toda una estirpe constitucional que sustituye la política por la administración.

La misma formación reactiva frente a la partitocracia es una de las principales causas del resurgir del bicameralismo. Si la mayor parte de los Senados sigue apareciendo como instrumento de participación de los elementos de un Estado complejo, aunque en algunos casos, empezando por los Estados Unidos, ello sea más apariencia que realidad, los principales argumentos hoy uti-

lizados para el mantenimiento e incluso fortalecimiento de las Segundas Cámaras son su utilidad para llevar a la vida política elementos, que la dinámica de los partidos excluye (reforma de la Cámara de los Lores británica y otras fórmulas de senaduría vitalicia) o ponderar y moderar los inestables equilibrios partidistas (función del actual Senado francés).

Pero la mutación más importante se refiere al mismo concepto de soberanía que la democracia había dinamizado. De la soberanía como plenitud de potestad que, hacia el interior, supone la inconmensurabilidad del Estado frente a otras realidades para e infra estatales y, hacia el exterior, la mera coordinación de potestades, se pasa a otra concepción muy distinta. El pluralismo político y social interno, la formación de centros de poder alternativos al propio Estado. La integración no sólo ínter sino supranacional, plantean la cuestión de si Althusio no ha triunfado sobre Bodino y no existe ya soberano alguno.

Pero, la soberanía –decía De Gaulle– «c'est quelque chose», el instrumento de defensa de la propia identidad, y su erosión puede suponer la disolución de todo cuerpo político y la evanescencia de toda legitimidad del poder. De ahí reacciones soberanistas que la «corrección política» obliga a silenciar, como la marcada por el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 12 de octubre de 1993 cuya difusión en España se dificultó y retrasó desde el propio gobierno.

Racionalización del parlamentarismo

La segunda tendencia a analizar es la denominada por Mirkine Guetzevitch racionalización del parlamentarismo. En efecto, durante todo el siglo XIX los regímenes parlamentarios fueron, en uno u otro grado, duales. Esto es, el gobierno se basaba tanto en la confianza de la o las Cámaras, como en la del Jefe del Estado. Frente a esta concepción del parlamentarismo dualista, el parlamentarismo monista supone que el gobierno se corresponde con la mayoría de la Cámara y, de hecho, es designado por ella. Esta es la concepción que se racionaliza, es decir, se lleva a la letra de numerosas constituciones de este siglo, precisamente como reacción frente a un dualismo que, acertada o equivocadamente, se estimaba residuo del Principio Monárquico. Así ocurre en las constituciones inmediatas a la Primera Guerra Mundial, algunas de las cuales llegan a suprimir incluso la Jefatura del Estado y encargan a la Asamblea la elección directa del Presidente del Gobierno. Después, en la segunda postguerra, en Francia, Japón y Alemania, como reacción frente a los autoritarismos inmediatamente anteriores, dando mayor protagonismo a la Cámara sobre el Jefe del Estado. Y, por último, en España en 1978 y, por influencia suya, en

algunas constituciones balcánicas, racionalizando mediante un procedimiento constitucional de investidura parlamentaria, el sistema de confianza positiva.

Allí donde la vida democrática se apoyaba en fuerzas políticas sólidas, la primacía jurídico-constitucional de las Asambleas ha llevado a la primacía política del Ejecutivo sobre las mismas. Y la conocida autoridad del Premier británico sobre los Comunes se ha repetido en otras latitudes. Por el contrario, donde no existían mayorías ni claras ni estables, la primacía constitucional de la Asamblea ha llevado a la inestabilidad y debilidad política del Ejecutivo parlamentario. La Segunda República Española, la IV Francesa y la italiana, son ejemplos de ello.

Ello llevó, ya en los años veinte, a favorecer el fortalecimiento jurídico del Ejecutivo democrático, añadiendo a la racionalización del parlamentarismo otros elementos racionalizadores, en este caso favorables a los poderes del gobierno, v. gr., la legislación de urgencia, la legislación delegada, etc. Pero, además, en la misma primera postguerra se inicia una tendencia a fortalecer la Jefatura del Estado, en directa relación con el pueblo. Algo que en los sistemas presidencialistas, especialmente, fuera de su país de origen, los Estados Unidos, ha llevado a la hipertrofia que cabe denominar ultrapresidencialismo en Iberoamérica y exageradamente en los países árabes y africanos.

Si se compara la racionalización del parlamentarismo establecido en la V.ª República Francesa por la Constitución de 1958 y en la Segunda Restauración española veinte años después, se muestra la ambigüedad de las fórmulas jurídicas y de su eficacia política. La racionalización francesa fue calificada de humillación del parlamentarismo (Duverger) y, como tal, ha funcionado, al menos hasta las cohabitaciones de los últimos tiempos. Por el contrario, la racionalización española, si pretendió eliminar los peligros de una inestabilidad gubernamental, quería garantizar también la primacía del Congreso de los Diputados (y como redactor de la Constitución, puedo asegurar que ahí radicó la polémica en el seno de la Ponencia). Sin embargo, la realidad muestra que hoy en día la Cámara francesa, con todas sus limitaciones, es mucho más viva y poderosa que las Cortes Generales, donde la primacía política del Ejecutivo se ha afirmado totalmente

A partir del fortalecimiento del Ejecutivo basado en la preeminencia del Jefe del Estado, pueden distinguirse dos tendencias. Una, que lleva a la construcción de Estados autoritarios, ya sea con fórmulas monárquicas tradicionales o diárquicas (v. gr. Italia fascista, Yugoslavia y proyecto español de 1929), ya bajo formas republicanas (Portugal, 1932; Austria, 1934, y Polonia, 1935).

Otra, netamente democrática, iniciada por la Constitución de Weimar de 1919 y su interpretación schmittiana de la presidencia del Reich como

Defensor de la Constitución y la finlandesa del mismo año y resucitada mucho tiempo después por la francesa de 1958. Frente al Ejecutivo presidencial o formas monocráticas de parlamentarismo que Duverger, sin demasiado rigor, ha denominado Monarquías Republicanas (1974), el semipresidencialismo hace del Jefe del Estado el titular de lo que los doctrinarios habían denominado poder moderador, como efectivo arbitraje, e incluso en algunos casos, responsable de la dirección política del Estado pero no de su Gobierno, que pende, incluso, de la confianza parlamentaria de la Cámara.

Tal es la fórmula a la que responden las constituciones y la práctica política de Francia y Finlandia, Irlanda, Portugal y Austria, después extendida la Rusia postsoviética y a otras nuevas democracias de Europa Central y Oriental.

El semipresidencialismo puede considerarse una racionalización del poder moderador de la Monarquía doctrinaria, pero también muestra la tendencia a la recuperación de los denominados por Smend factores personales de integración a los que la Jefatura del Estado sirve de pedestal, algo por otra parte manifiesto en el significado de la propia Jefatura –más representativa que ejecutiva– del Estado. Tanto a la hora de suprimirla –Irlanda hasta 1937 y debate alemán sobre la presidencia de los Länder– como de restablecerla –opción de los Estados de la Communauté en 1960 y de Estados socialistas en trance de emancipación–.

Sin llegar al semipresidencialismo, la evolución del parlamentarismo monista no se ha demostrado incompatible, antes al contrario, con el mantenimiento e incluso fortalecimiento de la Jefatura del Estado, tanto electiva como hereditaria (v. gr. Italia)

Si a comienzos de siglo la presidencia de la República parlamentaria era la de «las festividades oficiales» (Barthelémy) y, a mediados de la misma centuria, se la calificaba de –magistratura moral– (Berlia), la experiencia de la República Federal Alemana y, más aún, la italiana, demuestran que la presidencia «no es un sillón vacío». Otro tanto puede decirse de la Corona en las Monarquías Parlamentarías. Frente a las versiones meramente ceremoniales o –imponentes– de la institución, la práctica apunta en otra dirección. Monarcas meramente simbólicos como el Tennio nipón, según la Constitución de 1946, o el Rey de Suecia, según la de 1974, tienden de facto cuando no mediante un proyecto de revisión, a una recuperación competencial. En la estirpe constitucional filobritánica, la experiencia ha dado la razón a Jennings frente a Bagehot. Y en el continente, la mejor versión de lo que se entiende por Monarquía Parlamentaria sigue siendo el Informe belga de 1949 sobre las competencias regias, que se opone frontalmente a la disolución de las mismas en actos debidos (ver ensayo n.º 11 de este volumen).

Racionalización del federalismo

La tercera de las tendencias atrás enunciadas es la racionalización del federalismo. La organización federal es, simplemente, un principio de organización espacial de las competencias de los poderes públicos, sin otra justificación que una mejor prestación de servicios.

Esta es, en efecto, la característica que Mirkine Guetzevitch señaló en las constituciones alemana de 1919 y austríaca de 1920, calificada como la última etapa del proceso de la racionalización del federalismo. Y no cabe duda de que, siguiendo esa misma tendencia, ha habido numerosos intentos en los propios Estados Unidos, pero especialmente en Alemania y en la Unión India, para replantear su organización federal de acuerdo a criterios estrictamente funcionales.

Sin embargo, ya en la primera postguerra, la realidad plurinacional de la Unión Soviética dio lugar a un federalismo de base eminentemente política (lingüística, cultural, etc.) que se situaba así en los antípodas de la denominada racionalización, y es éste el modelo que en la segunda postguerra se recibe, sigue y desarrolla en la Federación Yugoslava. También es eminentemente histórico el sistema regional, esbozado en la Constitución española de 1931, cuyo modelo se recibe en la italiana de 1948. Por otra parte, a la hora de construir la República Federal Alemana, el peso histórico de sus diversos Países, fue determinante y la reunificación de 1989 supuso la reconstrucción de los Länder suprimidos en la antigua República Democrática Alemana. Otro tanto ocurrió en la Unión India. En el mismo sentido puede señalarse que la descentralización política de nuevo cuño, llevada a cabo en algunos Estados de la Unión Europea como es el caso de, España, Bélgica o Gran Bretaña, no sigue criterios de racionalidad funcional, sino de reconocimiento de personalidades políticas, culturales, lingüísticas, etc., diferentes.

Y otro tanto ocurre en la nueva Constitución de Rusia, por obvias razones de importancia extrema.

Ahora bien, este retorno al federalismo histórico frente al llamado racional ha llevado a abandonar la igualdad entre las unidades federadas, puesto que se ha entendido que sus diferentes personalidades debían ser objeto de un reconocimiento también diferente. Tal es la raíz del denominado federalismo asimétrico, cuyo planteamiento doctrinal hace por primera vez Tarlton en 1965 y que ha dado lugar a una amplia literatura en este último cuarto de siglo. En efecto, la Unión India, Malasia y, después, la mayor parte de los Estados que han adoptado estructuras autonómicas, como el Canadá, Bélgica y los propios casos de España e Italia, responden a principios de asimetría. Y allí donde éstos no se reconocen plenamente, como es el caso del Canadá respecto de

Quebec o de España respecto de sus nacionalidades históricas, la realidad política de una sociedad diferencial crea tensiones que la homogeneidad formal no puede ocultar. El reconocimiento de personalidades diferentes, el mayor volumen de competencias o, mejor, la adecuación de las competencias a esta personalidad diferente, las distintas formas de participación en los poderes del Estado global y las garantías, incluso paccionadas, respecto de las reformas constitucionales, son las principales fórmulas propuestas en la doctrina por el federalismo asimétrico o adoptadas en la práctica.

Tan asimétrico y polimórfico que su concepción formal se disuelve en lo que A. Lapergola ha denominado *Nuevos senderos del Federalismo*. La tipología del Estado unitario, regional y federal que la doctrina italiana (Ambrosini) construyó racionalizando formas históricas decimonónicas, cede el paso a un continuo. El Estado unitario y sus diferentes formas de descentralización coinciden así con los residuos confederales en el federalismo y éste con formas de confederación.

Los derechos humanos

La evolución del constitucionalismo durante el siglo que acaba es especialmente rica en lo que hace a las declaraciones de derechos, cuya formulación marca una cuarta tendencia.

El siglo XIX que, a estos efectos, comienza en 1789, es el de las declaraciones de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Se trata, de derechos naturales del individuo y es tal fermento el que alimenta el liberalismo individualista de todo el siglo XIX. El hombre abstracto es la única realidad política fundamental. Sin embargo, las mismas declaraciones habían dado carta de naturaleza al sujeto colectivo por excelencia: el pueblo, titular de la voluntad general y su expresión, el Estado, cuya personificación será la obra de los constitucionalistas decimonónicos. Por otra parte, la realidad político-social –v. gr. manifiesta en la incipiente legislación de protección laboral y social de fines del siglo XIX y primeros del XX– pone de relieve las dimensiones concretas del hombre que exceden a la propia individualidad como es el caso de la familia, de las relaciones de trabajo, la educación o la salud, Y estas dimensiones sociales que la política ya había comenzado a atender, son objeto de racionalización constitucional, esto es, de regulación normativa, al menos como programa, de nuevos ámbitos de la vida.

Si el siglo XIX legó al XX los clásicos derechos límite, derechos-oposición y derechos de participación política, a lo largo de la centuria las declaraciones

de derechos se han ampliado hasta comprender nuevos campos, como es la dimensión económico-social, familiar, cultural y ambiental en la que el individuo se proyecta. Así, puede señalarse que, a partir de la Constitución mejicana de 1917, de la alemana de 1919 y, por supuesto, a lo largo de toda la estirpe del constitucionalismo soviético, se desarrolla una gama de derechos sociales de los que apenas había precedentes. A esta segunda generación de derechos económico-sociales sucede una tercera de disfrute y aun titularidad colectiva de lo que, a juicio de muchos, ya no son tales derechos, sino bienes jurídicos y, como tales, indisponibles. La irrupción de los Derechos Colectivos como bienes jurídicos en cuyo horizonte son posibles los Derechos Fundamentales del individuo, no es, como se ha querido ver, una involución comunitarista, sino la aportación de una teoría liberal de los Derechos de las minorías (Kymlicka), que permite construir toda una política de reconocimiento de las identidades colectivas. Y las más recientes constituciones no son ajenas a ello. Desde un derecho al medio ambiente natural y cultural (arts. 45 y 46 CE) a interpretar como horizonte de una identidad histórica, esto es, concreta y colectiva (arts. 3, 148.16.ª y 17.ª CE y correspondientes normas estatutarias), al expreso reconocimiento de las mismas e incluso de su carácter nacional –así en Iberoamérica respecto de los derechos de los Pueblos Indígenas –doctamente documentado y analizado en España por B. Clavero–.

Esta ampliación cuantitativa de las declaraciones de derechos va acompañada de su profundización cualitativa, manifiesta a su vez en una triple dimensión. En primer lugar, los derechos dejan de ser límites a la acción del poder en pro de una voluntad o de un interés individual, esto es, derechos públicos subjetivos, para convertirse en valores objetivos, inspiradores de todo el ordenamiento, de los que resulta no sólo la libertad de los individuos, sino las pautas de sus recíprocas relaciones y las propias metas de la acción de los poderes públicos (Smend). De esta manera, la parte dogmática de la Constitución no es ya una tabla de derechos, sino un orden material axiológico que funciona como ratio de todo el ordenamiento. Haciendo honor a una raíz kantiana, la garantía de los Derechos Fundamentales es el *telos* constitucional. Por ello la parte dogmática prima sobre el resto de la Constitución y es por doquier objeto de una laboriosa construcción conceptual, tierra de elección de la doctrina.

En segundo término, así considerados los derechos fundamentales, es imprescindible distinguir diferentes grados de imperatividad. Si todos vinculan a poderes públicos y ciudadanos como parte de una Constitución normativa, no puede tener la misma energía la pretensión de validez del derecho a la integridad física que el derecho a la salud. Porque mientras el primero es absoluto e inmediatamente exigible y lo único que excluye es la mutilación, la

tortura o la muerte, el segundo es relativo, puesto que depende de condicionamientos sociales y culturales y sólo puede ser instrumentado a través de un complicado sistema normativo e institucional. De ahí que las constituciones con más amplias declaraciones de derechos, cuando no son meramente retóricas, distinguen entre derechos *stricto sensu* y lo que ha dado en denominarse «principios rectores», distinción técnica incoada en la Constitución española de 1931 (Tít. III, Cap. II), de donde pasó a la irlandesa de 1937, de ahí a los textos birmano e indio, para regresar a la española vigente, caso paradigmático de recepción constitucional múltiple.

En tercer término, la segunda postguerra presenció, tras los intentos fallidos de la primera, la internacionalización de la declaración y garantía internacional de los derechos fundamentales, primero en el plano universal por obra de las Naciones Unidas, después en ámbitos regionales entre los que destaca la Convención Europea de Derechos del Hombre y su garantía por un Tribunal Internacional. Pero, precisamente, esa formulación internacional da lugar a que, por una parte, las fórmulas internacionales se reciban en las nuevas constituciones y, por otra, democracias avanzadas substituyan una propia declaración nacional por la remisión a un instrumento internacional. Así, la Declaración Europea fue imitada por el constituyente nigeriano de 1960 y de ahí difundido en una multitud de constituciones postcoloniales. Y, por otro lado, la propia Gran Bretaña, a la hora de racionalizar su sistema de Derechos Fundamentales ha optado por asumir la Declaración Europea en vez de elaborar una declaración propia.

Además, el derecho convencional relativo a los Derechos Humanos goza de especial relevancia en algunas constituciones recientes –v. gr., España 1978 y Brasil 1984–. Pero la universalización de la formulación de los Derechos Humanos va de la mano de su interpretación en función de los standards culturales particulares y de su ejercicio en el horizonte de determinadas identidades colectivas. Tal es el resultado del fermento de la matriz nacionalista que A. Cassese detectaba en la elaboración de la Declaración Universal (ver el ensayo n.º 16 de este volumen).

Por último, la racionalización de las declaraciones de derechos ha llevado a la extensión de sus garantías. La principal es sin duda la jurisdiccional, que tutela los derechos fundamentales frente a todos los poderes públicos, incluido el legislador. En la primera postguerra Irlanda, Rumania y Grecia siguieron el sistema de garantía judicial norteamericana, que ya había sido seguido en numerosas constituciones iberoamericanas, como después lo sería por otras asiáticas –v. gr. el Japón y la India– y africanas –v. gr. Nigeria–. Por el contrario, Austria y Checoslovaquia, por influencia directa de Kelsen, crearon un órgano

especial de control constitucional. Su evolución, difusión y depuración en Alemania, Italia y España, entre otros ha dado lugar a lo que Cruz Villalón ha denominado Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad; seguido, frente a la influencia norteamericana, en algunos países iberoamericanos. Se trata de órganos de composición eminentemente política, que actúan cada vez más de acuerdo con pautas y criterios judiciales –la evolución del Consejo Constitucional francés es muy expresiva de ello–. A ellos se encomienda fundamentalmente la defensa del orden de valores y competencias establecido por la Constitución frente al legislador, el gobierno, los poderes autonómicos y, allí donde, de una u otra manera, existe un recurso de amparo, el poder judicial, hasta el punto de poderse decir que la jurisdicción constitucional encuentra su principal función en la revisión de las decisiones de la jurisdicción ordinaria.

La importancia de este sistema de jurisdicción constitucional en la evolución del constitucionalismo contemporáneo es fundamental. Los Tribunales Constitucionales, sometidos exclusivamente a la norma fundamental y a su propia ley constitutiva, son importantísimos órganos de creación del derecho, cuya doctrina da lugar a profundas mutaciones constitucionales, hasta el punto de afirmarse por los neopositivistas que es Constitución lo que, en cada momento, el Tribunal Constitucional dice. Surge así el amenazador fantasma del gobierno de los jueces como alternativa a la rigidez de la Constitución como garantía de seguridad.

Otra garantía que se extiende por doquier en Europa, Asia y América, es el Ombudsman sueco, que adquiere especial relevancia a partir de su versión española como Defensor del Pueblo. Se trata de una institución cuya dinámica comparada tiende a configurarla como un mixto de mediador –para el administrado, puesto que no excluye su recurso ulterior ante los Tribunales– y árbitro –frente a los poderes públicos, cada vez más vinculados por su actuación–.

El Derecho constitucional internacional

La última de las tendencias constitucionales a destacar es lo que el tantas veces citado Mirkine Guetzevitch denominó en su día Derecho constitucional internacional, esto es, las disposiciones constitucionales relativas a las relaciones y normas internacionales.

El Derecho constitucional decimonónico, salvo menciones excepcionales en las constituciones revolucionarias, sólo se ocupó a estos efectos de la regulación de los órganos estatales encargados de las relaciones internacionales,

fundamentalmente del derecho a celebrar tratados y hacer la guerra, de acuerdo con la definición que del poder exterior del Estado se diera a partir de Locke. Pero las constituciones de la primera postguerra innovaron profundamente la materia al pretender, desde un punto de vista ideológico, garantizar la paz a través de la constitucionalización del Derecho internacional. Lo que se denominó Derecho constitucional de la paz.

Es bien sabido que mientras la regulación constitucional de las competencias internacionales del Estado tiene una importancia capital puesto que el Derecho internacional general se remite a ellas, la validez de las normas generales de Derecho internacional no depende de su reconocimiento constitucional y, por ello, no ha faltado quien, como Ch. de Visscher, señale la inutilidad e incluso peligrosidad de recogerlas expresamente en normas de Derecho interno. Sin embargo, si el Derecho internacional no depende del Derecho interno, éste sí puede y debe ser, tanto un instrumento de aquél, en cuanto el primero se remite al segundo, como su expresión, porque el Derecho constitucional refleja lo que el Estado cree respecto del orden internacional. De aquí que los progresos de la conciencia internacionalista y del propio Derecho internacional se reflejen en las normas constitucionales. Y viceversa, éstas expresen e instrumenten los avances de aquél.

Así, la democratización de las relaciones internacionales tiene lugar mediante las normas constitucionales que transforman el viejo Derecho de representación omnímoda del Príncipe en una serie de controles parlamentarios sobre la política exterior, el recurso a la fuerza y el derecho de hacer tratados. Y la mayor institucionalización de las relaciones internacionales a partir del establecimiento de la Sociedad de Naciones se refleja en normas constitucionales relativas de la limitación del derecho de guerra, o la solución pacífica de los conflictos internacionales. Por ejemplo, la Constitución Checoslovaca de 1919 y la helvética reformada por estas fechas, constitucionalizan la pertenencia a la Sociedad de Naciones. Dando un paso más, el texto español de 1931 no sólo constitucionaliza y garantiza la pertenencia de España a la Liga (art. 78), sino que asume los procedimientos del pacto para la solución pacífica de conflictos (art. 77) y, con la fórmula del Pacto Briand-Kellogg de 1928, renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (art. 7). El Japón en 1946 (art. 9) e Italia en 1948 (art. 11) seguirán la misma línea.

Igualmente, la reafirmación sobre bases monistas del orden jurídico internacional ha llevado a que algunas constituciones reciban sus reglas generales como normas propias de rango supralegal (v. gr. Alemania 25) y que, al menos este criterio se generalice respecto del Derecho internacional convencional en el que el Estado sea parte, v. gr., España 15 CC y 96 CE.

Por último, transformación de las relaciones internacionales y adecuación de las disposiciones constitucionales coinciden en lo que cabría denominar derecho de la integración. Esto es, cuando el Estado, a través de la Constitución, expresa su disponibilidad a la cesión de competencias soberanas. Algo que puede ocurrir, ya mediante expresiones meramente retóricas, ya mediante las llamadas cláusulas de apertura del orden estatal a la integración supranacional. Lo primero es propio de las constituciones árabes o africanas, que llegan a insinuar la vocación de provisionalidad del Estado en aras de la unidad que la nación árabe o del continente africano. Lo segundo es el caso de las existentes en la Ley Fundamental de Bonn (art. 24) o la que Bélgica introdujo en 1970 (art. 25 bis) para regularizar el acceso de aquel país a las Comunidades Europeas y que después fue recibida en la vigente Constitución española (art. 93).

Ello ha dado lugar a lo que cabría denominar, en paralelo a la vieja noción de poder exterior, un poder de integración como categoría autónoma, cuyas consecuencias pueden suponer grandes mutaciones en la Constitución interna, como han estudiado en España los profesores Muñoz Machado y Pérez Tremps. Se puede hablar de un proceso de internacionalización de las constituciones nacionales, favorable a la internacionalización de las Declaraciones de Derechos, el incremento de los poderes judiciales de control de legalidad y el desapoderamiento del poder legislativo en beneficio de otras instancias normativas.

Sin embargo, estas tendencias, dominantes en el Derecho constitucional de la primera y segunda postguerras, parecen quebrarse, primero en las constituciones de los países fruto de la descolonización; después, a partir de los años setenta, en la propia Europa. En efecto, por una parte, las nuevas constituciones árabes y africanas afirman con radicalidad el principio de soberanía e independencia. En los más que abundantes microestados de nuestros días, se constitucionalizan instrumentos para preservar frente al extranjero la propia identidad. Las constituciones de los países ex socialistas dan especial importancia a la recuperación de la identidad nacional y a la reivindicación de soberanía sobre sus recursos naturales, y hay constituciones, como la turca de 1980, que declaran valor supremo la propia «identidad nacional», concepto muy análogo al kokutai que se excluyó expresamente de la Constitución japonesa de 1946.

De la prohibición de la guerra de agresión que todavía se esboza en la Ley Fundamental alemana (art. 26) y expresamente figura en las Constituciones japonesa de 1946 e italiana de 1948, se pasa a su reconocimiento expreso. Así, por ejemplo, en Suecia, que en 1916 debatió la constitucionalización de renuncia a la guerra, el Instrumento de Gobierno de 1974 lo reconoce expresamente y otro tanto hacen la griega de 1975, la española de 1978, la croata de 1990 y prácticamente cuantos los han seguido. Si, por poner un ejemplo,

en la vigente Constitución española se interpretan conjuntamente los artículos 8, 63 y 97, resulta una clara opción política realista, basada en el interés nacional que asume la legitimidad del uso de la fuerza, cuya máxima expresión es el *ius ad bellum.*

Por último, el control parlamentario de la política exterior se ve amenazado por un retorno al derecho de representación omnímoda del Ejecutivo democrático. Así ocurre necesariamente en una época de diplomacia directa y rápida, y baste el ejemplo de cómo el uso de la fuerza en 1991 en el Golfo o en 1999 en Kosovo se hizo, en muchos casos, al margen de las previsiones constitucionales previstas para el caso. Una época en la que predomina la flexibilidad procedimental en la celebración de compromisos internacionales, sin que los indudables avances del derecho constitucional para garantizar la competencia parlamentaria por razón de materia, con independencia de que ésta se regule mediante norma internacional o interna, sea suficiente. Una época, en fin, en que es determinante en muchos aspectos, no sólo de la vida internacional sino de la interna, la negociación multilateral en instituciones integradas, entre las que destaca la Unión Europea. Si los representantes estatales en los Consejos de la Unión son, en último término, responsables ante sus Asambleas y electorados, y en todos los Parlamentos de la Unión se han establecido instrumentos de control sobre la política estatal en la Comunidad, la informalidad, tecnicismo y opacidad de las relaciones comunitarias disminuyen muy mucho su efectividad.

La democratización de las relaciones internacionales se afirmó de la mano de una visión liberal de las mismas y, a la vez que la estructura de la sociedad internacional terminaba imponiendo, cuando de la última ratio del interés nacional se trata, una visión realista.

La rehistorización

Lo expuesto permite elevar un poco el tono a la hora de extraer conclusiones. La racionalización fue el denominador común de las nuevas tendencias del derecho constitucional, muy en consonancia con la fe en la razón heredada del liberalismo decimonónico y que soñó con imponerse por doquier una vez liberada de los factores, supuestamente inhibitorios, que, en realidad, eran sus estratos protectores. En este sentido es revelador el optimismo de quien fue ilustre miembro de esta Academia, Don Adolfo Posada, en su texto de 1931, Hacia un nuevo Derecho Político, parafraseando las citadas tesis de Mirkine Guetzevitch.

Así se ha puesto de manifiesto en lo dicho sobre la racionalización del parlamentarismo, que elimino en pro de la pura mecánica parlamentaria los elementos tanto arbitrales como simbólicos de la totalidad e integridad estatal, esto es, de la Jefatura del Estado. O en la racionalización del federalismo, reducido a mera distribución espacial de competencias para su mejor prestación. O en la recepción constitucional de una interpretación «liberal» de las relaciones internacionales, que niega la legitimidad del recurso a la fuerza como última ratio del interés estatal.

Ahora bien, esta racionalización suponía la deshumanización, en el sentido orteguiano del término, esto es, una huida, una negación, de lo humano como medida y paradigma. Si esa deshumanización se da en ámbitos de la cultura tan diferentes como el arte y el urbanismo, la economía o la teología, no es de extrañar que también se dé en el Derecho.

La razón que sirve de motor al proceso no es pura sino mecánica y maneja magnitudes meramente extensivas, esto es, cuantitativas, que a mi entender son meramente cartesianas, pero, aun así, no dejan de enraizarse en un cierto neokantismo. En el caso de Kelsen, máximo racionalizador de la Teoría del Estado con influencia prominente en tantas constituciones, ello es evidente. Pero también Duguit engarza con el kantismo a través de Durkheim. Y ambos, a comienzos de siglo, concluyen en la extinción de ese supremo bien de la existencia humana que, según Aristóteles, era el Estado.

Si éste se reduce, en la Escuela de Viena, a un sistema de normas e imputaciones que, sin solución de continuidad, se extienden desde la norma fundamental universal al individuo, ciertamente puede decirse con Duguit que *–l'État est mort ou plutót il est en train de mourir–*. Ahora bien, una vez que el Estado pierde su entidad espiritual y se disuelve en el más abstracto de los derechos o en la más aséptica prestación de los servicios públicos, la historicidad humana no se reconoce en él.

Si el Estado no es sino una máquina cuya única expresión externa consiste en –expedir leyes, acuerdos diplomáticos, sentencias o actos administrativos–, no manifiesta el misterioso existencial de vivir-con-los-otros de manera tan intensa que puede llegar a morir-por-los-otros. Pero, sólo en virtud de ese existencial, el Estado expresa una identidad colectiva, posibilita una representatividad democrática, garantiza una solidaridad social.

A falta de ello, surgen por doquier formas alternativas de vida en común cuyo reflejo son, entre otros, la llamada por Conde literatura de crisis, cuya frustración histórica muestra lo inadecuado de la respuesta, pero no desautoriza la pregunta en sí misma.

Para responderla, la doctrina y la experiencia constitucional apuntan hoy una tendencia a la rehistorificación, esto es, al redescubrimiento de la comunidad como horizonte de lo humano y a la revalorización de la Constitución como instrumento de integración de esa comunidad. Por eso los procesos de racionalización constitucional, descritos más atrás, invierten su tendencia inicial. El Derecho constitucional internacional substituye el liberalismo por el realismo; los derechos individuales se encuadran en los colectivos; la política de reconocimiento de la diferencia modula el principio de igualdad, tanto respecto de los individuos como de las comunidades de una sociedad diferencial; se restablece la Jefatura del Estado representativa y arbitral; y la integración política recupera su condición de *telos* constitucional porque el cuerpo político, cuyo paradigma es la Nación –clave de la misma plurinacionalidad– vuelve a ocupar su lugar central.

Lo singular, temporal y afectivo, que Meinecke señalara como categorías fundamentales del historicismo, es lo que late en el redescubrimiento del cuerpo político por el constitucionalismo finisecular. Así, la estima de lo singular lleva al federalismo asimétrico, basado en la política de reconocimiento de diferencias originarias frente al igualitarismo predicado por el liberalismo individualista; la relevancia de lo temporal permite valorar la propia identidad histórica y los factores institucionales y simbólicos de integración que la expresan; lo afectivo a revalorizar la dimensión colectiva de los derechos y el hecho irreductible de la identidad nacional y de la plurinacionalidad en el seno de un Estado.

Y, sin embargo, nada de eso puede suponer un «retorno a la ciudad antigua», sino, antes al contrario, una apertura a realidades diferentes con la que se está llamado a un permanente debate y pacto, esto es, al diálogo que es la forma suprema de racionalidad.

La racionalización del poder, tal como se entendiera en los años veinte, ha tocado techo, técnica y políticamente, como probablemente en urbanismo o economía todas las formas de deshumanización. Y la gran cuestión que deja el siglo XX planteada al XXI, en política no menos que en otros campos, es si los límites del racionalismo ingenuo son frágiles en exceso ante la permanente amenaza del irracionalismo o, si cabe un racionalismo más amplio y auténtico, capaz de ser epidermis y no prótesis de la vida. De nuevo el ya viejo «Tema de nuestro tiempo».

8. LAS TRES VIDAS DE LA CONSTITUCIÓN ARAGONESA

Pronunciar esta lección en memoria de mi grande amigo el Prf. Ernest Lluch y hacerlo en ésta su tan querida Universidad de Valencia constituye para mí un gran honor teñido de tristeza y de gozo. El honor es evidente y no hay que explicarlo, sino agradecerlo a las autoridades académicas que tan generosamente me lo han ofrecido y que nos honran con su presencia y muy especialmente a la Fundación Lluch aquí representada por el Pfr. Almenar. La tristeza es comprensible y, además, compartible por muchos de los presentes, compañeros, amigos y discípulos de Lluch, porque bien podría éste encontrarse entre nosotros si no nos lo hubiera arrebatado prematuramente la violencia asesina. Gozo el propio de toda actividad académica, acrecentado por el hecho de demostrarnos, una vez más, que, doce años después de su muerte, Lluch sigue vivo en nuestra memoria y, sobre todo, en la memoria objetiva de su magisterio y de su obra, ciertamente muy ligada al tema que voy a tratar hoy aquí: la triple vida de la constitución política de la Corona de Aragón.

El título de mi intervención me lleva a recordar las palabras rotundas con que Ihering comienza su obra *El Espíritu del Derecho Romano* –«Tres veces dio Roma leyes al mundo»–, porque la estructura política generada en este rincón del Mediterráneo ha sido una pieza clave en la historia constitucional comparada. Lo ha sido como realidad idealizada hasta la mitificación; lo ha sido como ocasión perdida; lo ha sido como modelo en sus albores y en sus postrimerías.

LA CONSTITUCIÓN ARAGONESA: DE LA HISTORIA AL MITO

Mito no es equivalente a falso. Supone otro modo de pensar que histórica e incluso genéticamente precede y fundamenta al logos racional y en una acep-

ción vulgar que es la aquí empleada equivale a idealización. Los mitos, en todo caso, nunca son arbitrarios, parten de unos hechos, reales o imaginarios, físicos o psíquicos que se prestan a la idealización. No hay que ser evemerista para reconocer lo que Gaston Bachelard, tratando de las potencia simbolizantes, denominaba la solicitación semántica de la materia. Y no faltaban solicitaciones semánticas a la estructura política de la Corona de Aragón.

Primero, la original politerritorialidad, hecho sobradamente conocido. El Reino de Aragón y el principado de Cataluña desde 1163, el Reino de Valencia, constituido en 1239, el de Cerdeña y el de Mallorca quedan definitivamente vinculados desde Jaime II y Pedro IV. A ello habrá que añadir paulatinamente los Reinos de Sicilia y de Nápoles.

En segundo término, todos estos territorios tienen su propia identidad y una personalidad política plena. No son meras *terrae* como ocurre en Castilla, sino «Reinos de suyo» y por eso, más allá de su específica titulación, tienen su propio derecho y sus propias instituciones representativas como correspondía a la altura de su tiempo, y como tales limitativas del poder real. Todas ellas caracterizadas, como algunos de los territorios de la cornisa cantábrica, por una organización jurídico-política que Lalinde (1) denominó «normativista» frente al «decisionismo» jurídico político propio de Castilla.

En tercer lugar, esto es lo que configura el denominado por el ilustre profesor siciliano Andrea Romano «modelo mediterráneo», determinante en la configuración a partir del siglo xv de la Monarquía Hispánica. El español no menos ilustre Ion Arrieta, tras las huellas de Lalinde, ilustra con continuas investigaciones esta relación genética, una de cuyas mejores muestras en el plano doctrinal es, entre otras muchas, la influencia de un jurista valenciano Crespí de Valldaura en la obra paradigmática de un gran foralista vizcaíno, Salazar y Fontecha (2). Si, como dice Maravall (3), el concepto hispano medieval de Monarquía de corte castellano es antecedente de lo que fue la Monarquía Católica, ciertamente en su organización práctica, la práctica del Imperio, intervinieron decisivamente a partir del reinado de los Reyes Católicos los juristas de filiación aragonesa.

La Monarquía Católica fue durante cerca de tres siglos prototipo de lo que Sir John Elliot (4), ha categorizado como «monarquía compuesta» y su relieve en la historia política e intelectual europea y universal, sobradamente conocido, pone de manifiesto la importancia del modelo aragonés (5).

No en balde, el a mi juicio mejor teórico de aquella forma política, Don Juan de Palafox y Mendoza (6), era un aragonés de nación y ejercicio que, de una parte formuló los principios que, a su juicio, debían inspirar la estructura politerritorial de la Monarquía y de otra propugnó su extensión transatlántica. Los principios eran tres Primero, un gobierno no arbitrario sino consensuado

mediante el pacto; segundo, un gobierno organizado mediante las magistraturas intermedias, esto es, constitucional; y tercero, un gobierno respetuoso de las diferente identidades territoriales. Su extensión a la organización de las Indias, «aquellos reinos» en expresión de la época, da idea de lo que hubiera sido la reorganización efectiva de toda la Monarquía Católica sobre el modelo aragonés, el que Felipe V consiguió suprimir

Y, para seguir en la Corona de Aragón, conviene recordar que son juristas valencianos quienes se esfuerzan en compaginar las propias instituciones forales características de la Corona con el imparable crecimiento del poder regio propio del desarrollo del Estado moderno. Lo que con acierto se ha denominado «libertad bien entendida» (7).

La solicitación semántica de tales hechos es evidente y sobre ello se genera un mito. El de la constitución aragonesa como paradigma de libertad enraizada en algo no menos mítico, el origen germánico, patente a lo largo y lo ancho de toda la Corona, desde el goticismo de la historiografía aragonesa al normandismo del constitucionalismo siciliano, pasando por la reivindicación catalana de su raíz carolingia (8). Sobre un fabulador Tácito (9) que proyecta en los oscuros bosques de allende el Rhin los *Primordia Civitatis* romanos, Montesquieu podrá decir, años más tarde, que «la libertad nace en los bosques de Germania».

Los historiadores y juristas aragoneses y valencianos a partir del siglo XVI idealizan sus propias estructuras constitucionales, tanto los favorables al poder regio como sus críticos. Baste señalar desde la *Crónica* de Vagad (1492) hasta la *Apología de algunos escritores sobre el antiguo de Sobrarbe* de Águila (1795) pasando por los *Anales* de Zurita (1585) a los de Dormer (1697), por las *Historias Eclesiásticas y Seculares* de Blasco (1622) o, respecto de Valencia la casi hagiográfica *Historia* de Escolano (1610). El prestigio de los Fueros en el imaginario colectivo aragonés es tal que incluso tras las Cortes de Tarazona y la modificación filipina de los mismos, un autor aragonés como Argensola (10) afirma que siguen en vigor las instituciones y libertades del Reino y que su modificación se ha realizado por los cauces en ellos previstos

Pero, a mi juicio, es fuera de España donde la idealización raya en la mitificación, favorecida por la distancia física de la realidad y por un factor político determinante: la oposición monarcómaca a Felipe II que instrumenta y carga –en el sentido psicológico del término– la oposición aragonesa a Castilla y al Rey.

En efecto, a la hegemonía castellana sobre los demás reinos hispánicos por razones geográficas, demográficas, económicas, militares y aun políticas se añade un importante factor institucional: los mayores poderes del rey en Castilla. De ahí que el malestar aragonés ante la primacía castellana se doblase

con una afirmación de sus libertades forales. Los episodios protagonizados por Micer Miguel Donlope en 1541, los sucesos de Ariza, Monclus y Ayerbe, la reivindicación del Fuero de Sepúlveda –castellano– por Teruel y Albarracín son otros tantos reflejos jurídicos de esta tensión que jalonan, desde los comienzos, el reinado de Felipe II, y a las que no dejaran de sumarse otros más hasta la Cortes de Tarazona (11).

La intensidad del tráfico franco-aragonés a través del Condado de Ribagorza que llevo a la incorporación el mismo a la Corona en 1554, facilitó el conocimiento y la explotación de semejante situación por parte de Francia, tanto más cuanto que a la oposición política entre «los dos luminares», como en su día se llamaron los tronos español y francés, se añadió un enfrentamiento religioso, desde 1570, fecha de la paz de St. Germain entre el Rey de Francia y los calvinistas, a 1598, fecha de la evacuación de París por las tropas de Felipe II tras la conversión de Enrique IV. La expedición bearnesa y protestante de 1591 en Aragón, instigada por el ya exiliado Antonio Pérez, es la mejor prueba de ello.

Pues bien, es en esos años cuando el policratismo tan caro a los monarcómacos encuentra un ejemplo candente en Aragón enfrentado al Rey y aparece una literatura monarcómaca que cifra en Felipe II la tiranía regia a combatir y, al hilo de ello, elogia las libertades constitucionales aragonesas. El tratado de Hotman, titulado *Franco-Gallia* (12)*,* editado en latín en 1571 y después en francés en 1573 aborda la cuestión que es tratada con mayor amplitud en el mas importante libro monarcómaco, la *Vindiciae contra tyrannos* (1579-1581) de quien se denominaba Junius Brutus (13) y de ahí se difunde en la literatura directa o indirectamente calificable de monarcómaca. Sirva por todos el tratado *De rege et regis institutione,* del P. Juan de Mariana (14).

La Ilustración europea abundó en el tópico, como ha estudiado el italiano Magoni (15) y la participación británica en la Guerra de Sucesión, una contienda caracterizada por su proyección en la opinión publica a través de abundante propaganda escrita, dio a conocer entre los ingleses, sobre todo los *whigs,* una versión idealizada del sistema de gobierno de la Corona aragonesa, especialmente de Cataluña. A mi juicio el aprecio ilustrado de la constitución aragonesa es el que inspira los textos de Leibniz, sabio indiscutible de su tiempo, enfrentando los derechos constitucionales que se imputaban a la España austriaca con los modos franceses de gobernar (16).

En el primer caso «la voluntad de las naciones no se expresa por los magistrados o regentes, sino por las asambleas de estamentos de los reinos y provincias»; en el segundo «se han reducido a la nada las libertades de los grandes y del pueblo y el capricho del Rey lo domina todo». Por ello, a la hora

de atribuir la herencia de Carlos II a una nueva dinastía «sería preciso, pues, que quienes se habían erigido en regentes convocaran las llamadas Cortes o estamentos tanto en Castilla como en Aragón antes de tomar el más mínimo acuerdo acerca de la sucesión».

Pero aquí interesa más destacar el eco español del mismo que coincide con la nostalgia foralista posterior a la Nueva Planta y que da lugar a lo que el siempre y hoy especialmente añorado Ernest Lluch estudió, entre los *Claroscuros de la ilustración* bajo el título de *La alternativa catalana* (17). Un personaje asaz misterioso, el Conde Juan Amor de Soria, al que Ernest Lluch dedico sus últimos estudios es el mejor ejemplo de un programa político para España entera, basado en la idealización, casi mítica, de la politerritorialidad de la Corona aragonesa.

Los hispanistas franceses Morangue (18), Demerson (19) y Dufour (20) han señalado en este sentido, entre otros impresos de finales del siglo XVIII, la obra del Conde de Teba, *Discurso sobre la autoridad de los Ricos-Hombres sobre el Rey y como la fueron perdiendo hasta llegar al punto de opresión en que se hayan hoy* (1794), ejemplo de reacción nobiliaria antiabsolutista que recuerda el germanismo de Boulainvilliers en Francia o el normandismo propugnado por los barones sicilianos y, en sentido democratizador las *Cartas político-económicas al Conde de Lerena,* redactadas entre 1786 y 1790 por León de Arroyal (21) y la *Carta de un religioso español amante de su patria escrita a otro religioso amigo suyo sobre la Constitución y abuso del poder,* del obispo Fr. Miguel de Santander fechada en Toro en 1798 (22). En todos ellos la antigua constitución aragonesa se expone como el mejor ejemplo de un régimen político mixto en el que las asambleas representativas controlan el poder regio y el Justicia garantiza las libertades de los vasallos, si bien no aparece, sobre todo en los últimos ejemplos citados, como alternativa a la castellana sino, más bien, como exponente, tal vez más elaborado, pero junto con ella, de la ancestral constitución hispánica. La Constitución aragonesa se presentaba así, como ya se apuntara en el citado texto de Leibniz, no solo valiosa por sí misma sino recordatorio de la castellana que Carlos V destruyera, expresión ambas de la denominada por el P. Burriel la «constitución de los mil años».

Es esta su segunda versión democratizante, el mito inspirador de los historiadores liberales del siglo XIX que imputan a Felipe II, curiosamente más que a Felipe V, la liquidación de las libertades aragonesas (23). Y los constituyentes de 1856 no dudan en hacer el elogio del Justicia y equiparar el «habeas corpus» de los anglosajones con el derecho aragonés de manifestación. Así consta en el Dictamen mayoritario sobre el proyecto de la que fue constitución

non nata (24). El eco de un Justicia de Aragón mitificado llega a nuestros días, a través de la doctrina, y se recoge en el moderno derecho estatutario aragonés.

En resumen, la idealización de los datos históricos mitifica la antigua constitución de la Corona aragonesa destacando tres elementos: Primero, la politerritorialidad, esto es el mantenimiento de las personalidades diferenciadas de los distintos Reinos y del Principado catalán en el seno de una misma estructura. Segundo, la representación estamental en las Cortes de amplias competencias codecisorias junto con el Rey, expresadas en una formula más mítica que histórica: «Nos que valemos tanto como vos…» (25). Tercero, la defensa de las libertades resultante de este sistema de gobierno mixto y de sus instituciones más típicas, como es el Justicia.

LA CONSTITUCIÓN ARAGONESA Y LA FRUSTRACIÓN GADITANA

Este imaginario llega hasta las Cortes de Cádiz en tres momentos diferentes y con distinto resultado. En la Consulta al país decidida por la Junta Central en 1809; en los debates de las propias Cortes; y, finalmente, en la opción constituyente que culmina en 1812.

Si se examinan las diferentes Informaciones a que da lugar la consulta, muchas de las cuales se han salvado y han sido publicado por Miguel Artola y sobre todo por un importante grupo de historiadores de la Universidad de Navarra dirigidos por el pfr. Suárez Verdaguer y el acervo doctrinal que las acompaña, resulta que el constitucionalismo de la Corona aragonesa aparece en tres versiones distintas, las tres sobre un fondo común: la afirmación de la identidad de los respectivos territorios, en el seno de una comunidad política indisoluble.

De una parte como modelo de lo que debe ser una monarquía moderada. No se trata ya de restaurar la politerritorilidad, sino de organizar la nación española y se propone hacerlo como monarquía moderada por unas Cortes representativas tan potentes como fueron en su día las aragonesas o las valencianas. Esto es lo que, por ejemplo, propone el obispo de Teruel o, en el Reino de Valencia, el P. Ribelles cuyas opiniones, con ligeros matices, son endosados por la Junta Suprema en su correspondiente Informe (26).

De otro lado como principio politerritorial. La mejor muestra de ello es la celebración en 1808 de unas Cortes estamentales aragonesas, las suprimidas un siglo antes por la Nueva Planta, convocadas por el Virrey Palafox para legitimar su nombramiento revolucionario. En estas Cortes se afirma rotundamente que debe Aragón «mantener relación con los demás reinos y provincias de

España que deben formar con nosotros una misma y sola familia» (27). Y en el mismo sentido se pronuncian las Instrucciones que la Junta Suprema del Principado de Cataluña da a sus diputados en las Cortes Generales y Extraordinarias ya convocadas: «no sería sino muy útil el que a ejemplo de ese gran consejo representante de toda la nación que ha de residir en la Corte, se formase en cada una de las provincias una Junta o cuerpo de representación que tuviese el mismo objeto con relación y sujeción a aquel y con limitación a la esfera de su provincia» (28).

Por último, la reafirmación del identitarismo que cristaliza en la politerritorialidad y que fundamenta las instituciones representativas e incluso su composición estamental. A ello responden las instrucciones catalanas ya citadas –«debe Cataluña no solo conservar sus privilegios y Fueros actuales sino también recobrar los que disfrutó el tiempo en que ocupó el Trono español la augusta casa de Austria»– y obras tan significativas como las del valenciano X. Borrul, *Discurso sobre la Constitución que dio al Reino de Valencia su invicto conquistador el Señor Don Jaime Primero* (Valencia, 1810), después un importante constituyente en Cádiz (29).

En un segundo momento, en los trabajos preparatorios de las Cortes, en la fundamental Comisión redactora del proyecto de Constitución y en los debates plenarios de las Cortes, los elementos austracistas señalados son sumergidos en lo que Portillo Valdés ha denominado *Revolución de Nación* (30), esto es en la opción constituyente en pro de una nación única y homogénea de ciudadanos sin diferencias estamentales ni territoriales. Unitarismo y uniformismo se imponen así a la politerritorialidad y al estamentalismo. La razón abstracta se impone sobre el sentimiento historicista.

La evolución del pensamiento de Jovellanos es el mejor ejemplo de ello. Quien en 1808 había defendido enérgicamente la constitución provincial del Principado de Asturias frente a las intromisiones del Marques de la Romana, afirma un año después, en sus *Instrucciones* a la Junta de Legislación, «como ninguna constitución política puede ser buena si le faltare unidad y nada sea más contrario a esa unidad que las varias constituciones municipales y privilegiadas de algunos pueblos y provincias que son partes constituyentes del cuerpo social… la Junta de Legislación investigará y propondrá los medios para mejorar esa parte de nuestra legislación, buscando la más perfecta uniformidad así en el gobierno interior de los pueblos y provincias como en las obligaciones y derechos de sus habitantes» (31). Así quedo claro en los trabajos reparatorios de las Cortes, bajo la firma de Argüelles (32).

Frente a este principio unitarista que desde el comienzo tuvo un apoyo mayoritario en las Cortes, no deja de reivindicarse la politerritorialidad. Tal es

el caso, ente otros, de diputados catalanes como Aner d'Esteve y de Noguera y de los valencianos Borrul, Sombiella y Martínez (33) y, algo de especial importancia, de los diputados de Indias.

En efecto los diputados procedentes de América, regnícolas unos, esto es, partidarios de la substantivación política de los virreinatos y provincialistas otros, es decir partidarios de más reducidas circunscripciones administrativas (34), eran en general partidarios de amplias autonomías territoriales. En algunos casos, como es el de las Instrucciones del Reino de Guatemala a su diputado Don Antonio Larrazábal se propone una verdadera federalización de la Monarquía (35). Actitudes que van desde las del diputado peruano Morales en 1810 (36) hasta las de los representantes novohispanos en el trienio liberal apuntan (37), con diferente matices según avanza el proceso emancipador, se orientan en ese sentido y siempre chocan con el muro unitarista de la opción liberal. Y es revelador que, continuando una tendencia ya apuntada en el trámite de consulta previa a las propias Cortes, sean los diputados de la Corona de Aragón, Aner y Borrul principalmente, los más sensibles a tales aspiraciones precisamente porque consideran que la monarquía es un conjunto de Reinos (38).

La mayoría unitarista impuso su criterio al discutir la organización territorial de lo que aun se denominaba Monarquía. La constituciones de la Corona de Aragón junto con la de Navarra y la foralidad vasca aparecen encomiásticamente mencionadas en el *Discurso Preliminar,* atribuido a Argüelles y en el que se ve la influencia de Espiga y Ranz Romanillos. Pero ni su entidad territorial ni sus fórmulas representativas son tenidas en cuenta. La constitución aragonesa se menciona doce veces en el citado *Discurso* y aparece reiteradamente en los debates del pleno de las Cortes, pero se trata de disolver su entidad territorial, porque, dirá el conde de Toreno, «todas esas diferencias deben desaparecer» (39) y nada queda de su estructura representativa estamental ni siquiera en la versión bicameralista. Según afirmaba el citado *Discurso preliminar* y remachó Argüelles «no reuniendo ya en el día los grandes, títulos y prelados… intereses diferentes a los del procomunal de la nación…ha llamado a los españoles a representar a la nación sin distinción de clases ni estados.». Una sola nación de solo ciudadanos –«los españoles de uno y otro hemisferio» según el art. 1 del texto definitivo– no admite ni diferencias territoriales ni estamentales.

El déficit representativo que en una sociedad como la española a primeros del siglo XIX suponía el monocameralismo basado en una supuesta homogeneidad del cuerpo político fue uno de los graves defectos de la constitución española de 1812. Ya en 1819 y, más aun a partir del trienio liberal, los propios «doceañistas», esto es los gaditanos moderados por la experiencia y el exilio frente a los denominados «exaltados», acariciaron proyectos bicamerales de corte esta-

mental que terminaron imponiéndose a partir del Estatuto Real de 1834 (40). Pero la negación de la politerritorialidad frustró todas las tentativas de encauzar la Emancipación americana por vías que los británicos habían de explorar poco después. La España vertical y ensimismada se impuso sobre la España horizontal y alterada. El resultado fue una España menor (41).

LA CONSTITUCIÓN ARAGONESA COMO MODELO

Como señalé al comienzo de mi intervención, la Constitución politerrioriorial y policrática aragonesa sirvió de modelo para organizar el conjunto de la Monarquía Hispánica desde los Reyes Católicos y dicha organización entra en paulatina crisis a partir de la destrucción del modelo por los Decretos de Nueva Planta. Pero, coincidiendo con la culminación de tal proceso a partir de las Cortes de Cádiz, la politerritorialidad y policracia aragonesa sirve de modelo a otra empresa imperial no menor que la española de siglos antes, la británica

En efecto, el interés británico por las islas mediterráneas se remonta, cuando menos, a comienzos del siglo XVIII y la ocupación de Gibraltar y Menorca durante la Guerra de Sucesión española es buena prueba de ello. La opinión pública, tanto de los sectores económicos como militares reivindicaron con énfasis la expansión imperial por las islas mediterráneas (42). Pero el interés eminentemente comercial en un principio, adquiere un mayor relieve estratégico, primero ante la amenaza de una significativa presencia rusa en el Mediterráneo cuya manifestación más llamativa fue la asunción por el Zar Pablo del Gran Maestrazgo de los caballeros de San Juan a los que Napoleón había arrebatado Malta, y, después, durante las guerras de la Revolución y del Imperio en las que Inglaterra lucha frente a un modelo de organización social ajeno a su identidad y a un temido intento de dominio universal que amenaza su independencia: «el avance de los ejércitos y de los principios franceses» en expresión de un moderado como Granville. Como fue propio de aquellas guerras, probablemente las primeras guerras ideológicas de la modernidad, se lucho no sólo con las armas sino con las propuestas políticas (43).

Los franceses expandieron por los antiguos Países Bajos y por Italia sus modelos constitucionales. Primero el revolucionario de los años III y V y, después, el bonapartista autoritario del año VIII. Pero, además, a partir de 1812, la Constitución gaditana, tan estrechamente dependiente de la francesa de 1791 ya condenada y no sin sobrados motivos por la opinión pública británica, alcanzó una gran popularidad en los sectores radicales del liberalismo europeo que se oponía aunque con menor brío que los españoles a la dominación napo-

leónica. A todos estos modelos tenidos por demagógicos los primeros y el último y por autoritarios los impuestos por Bonaparte los británicos opusieron otro modelo liberal. Según los ingleses, si los franceses vencían para oprimir, ellos dominaban para liberar y como había de ocurrir dos siglos después, el país que se preciaba de no tener constitución escrita se convirtió en el más fecundo inspirador cuando no redactor de constituciones. Primero, la del reino anglo-corso de 1794 (en pie hasta 1798), después los frustrados proyectos constitucionales de Malta desde 1801 a 1807; más adelante la constitución de Sicilia de 1812; en fin la de las Islas Jónicas de 1818. La idea de liberar Italia de la dominación francesa y unificarla se vinculó para algunos estrategas ingleses al establecimiento de un régimen constitucional (44).

A los ensayos constitucionales que van desde 1794 a 1818 a lo largo del Mediterráneo subyace un austracismo latente del que hay claros testimonios, por ejemplo, en Nápoles, Malta y Córcega. La organización politerritorial del Imperio Hispánico, configurada sobre el modelo de la Corona de Aragón, estaba aún demasiado próxima en el tiempo para no ser recordada con nostalgia y a ello se sumaba la experiencia desarrollada en Irlanda hasta 1800 de una Monarquía compuesta asimétrica, esto es la de un Reino sometido a la Corona ajena, pero que guardaba su personalidad diferente y las correspondientes instituciones. Así se hizo en Córcega y se soñó –el sueño de Lord Bentinck al que después me referiré– hacerlo en Sicilia y, bajo la forma de un precoz protectorado, en las Islas Jónicas.

Pero puede buscarse una raíz todavía más profunda en determinados rasgos comunes a los regímenes políticos de todas las islas del Tirreno y el Egeo: el gobierno mediante una asamblea que controla al poder gubernamental que, incluso, surge de ella y cuyos últimos ecos se encuentran en la constitución Jónica de 1818. El paralelismo entre el *Grand e General Consell* mallorquín y otras asambleas baleares, la Consulta General de Córcega y la ancestral Asamblea Popular de Malta, suprimida por considerarla fermento subversivo, en 1775 por el Gran Maestre jerosomalitano, de Rohan, cuya restauración los malteses no dejan de reclamar de sus sucesivos ocupantes, así lo demuestra. Con todas las tensiones, desviaciones y corrupciones propias de la vida política, lo cierto es que los territorios tanto continentales como insulares de la Corona de Aragón vincularon su constitutiva identidad a la existencia de asambleas representativas. Baste mencionar las Cortes valencianas. A ello habrá que sumar, cuando el Reino Unido asuma la hegemonía mediterránea y pretenda organizar políticamente tal espacio, su propia tradición de Consejo Legislativo en las colonias (45).

Que los británicos recurrieran al antecedente español, tan vivo todavía en la región, no debe de extrañar. A ello conducían motivaciones de dos tipos.

Desde una interpretación geopolítica como la que en su día propugnara Vicens Vives, debe señalarse que Gran Bretaña estaba en trance de asumir la función mediadora y equilibradora entre franceses, rusos y otomanos que España había desempeñado hasta Utrecht entre Francia, potencias italiana como la Santa Sede y Venecia y el Imperio Otomano. Esta posición que los británicos alcanzaron merced a su hegemonía naval, trataron de proyectarla, como hicieran en su día los españoles, en una organización territorial. Reiterando la intuición de Vicens Vives cabe señalar que españoles y británicos siguieron en su expansión un eje horizontal hacia el Este los aragoneses y hacia el Oeste los castellanos, como hicieran los romanos, frente al eje expansivo vertical Norte-Sur cultivado por los franceses hasta su más reciente expansión colonial y que recuerda la expansión Sur-Norte intentada por Cartago.

Y, de otra parte, la estructura compleja que la Monarquía española heredó de la Corona de Aragón fue, por dos razones, muy bien conocida en Inglaterra y Escocia a la hora de vincular primero y fusionar después ambos reinos.

De un lado, Ion Arrieta (46) ha analizado los juicios emitidos al respecto por autores tan distinguidos e influyentes como Craig, Pot, Doddridge, Saville, Gentile, Bacon o Duck. Incluso quienes, como Bacon, señalan las deficiencias estructurales de la Monarquía Hispánica, no dejan de admirarla y aun de envidiarla. Ya en pleno siglo XVIII, los jacobitas se mostraron favorables al carácter compuesto de la Monarquía británica y un disidente como Richard Price (47), definía el «imperio» en términos semejantes a como los españoles habían concebido el concepto de Monarquía, esto es pluralidad de pueblos con sus propias instituciones unidos por el gobierno de un mismo soberano.

De otro lado, la participación británica en la Guerra de Sucesión y su alianza con los austracistas, acentuó y politizó este conocimiento, especialmente entre los *whigs,* partidarios del apoyo a los catalanes y sus reivindicaciones constitucionales.

La decadencia de las Monarquías compuestas iniciada en 1707 con la unión de Inglaterra y Escocia, debía acentuarse en 1800 con la incorporación de Irlanda al Reino Unido. Si el reino anglocorso se fundamentaba en el anterior modelo irlandés, esto es en la mixtión de autonomía y subordinación que caracterizaba las relaciones entre los reinos de Irlanda y Gran Bretaña a lo largo del siglo XVIII y que suprime la fusión de 1800, a la hora de celebrar la Paz de Amiens (1802), dicho modelo no gozaba de excesiva popularidad en Westminster. Fueron necesarias varías décadas para que la pluralidad de territorios progresivamente autogobernados bajo una misma Corona se adoptase

como forma de organización del Imperio Británico. Sin embargo, no faltó, como ya he señalado, especialmente en la opinión filojacobita, quien propusiera la opción contraria disolviendo la unión de 1707 con Escocia y restableciendo los derechos de Irlanda y, en todo caso, la experiencia mediterránea no dejo de influir en el constitucionalismo británico.

Si el proyecto británico sobre el Mare Nostrum, se frustró por razones estratégicas –la recuperación militar francesa en 1794– y de política internacional –el entendimiento austrobritánico frente a Rusia en 1815– sin perjuicio de su dominio marítimo entre Gibraltar y Egipto, apoyado en Malta y, después, en Chipre, el ensayo, especialmente el del reino anglo-corso de los años 1794 a 1798, fue precedente directo del Informe Durham de 1839.

Es aquí donde tienen especial importancia las influencias ideológicas y las relaciones personales. Los hombres clave de la política *whig* de fines del XVIII y comienzos del XIX muy influidos por el pensamiento de Burke, favorables al mantenimiento y desarrollo orgánicos de las instituciones tradicionales fueron los protagonistas del despliegue inglés en el Mediterráneo. Tal es el caso de Elliott en Córcega, de Windham y Ball en Malta o de Bentinck en Sicilia (48). Años más tarde aparece otra importante figura de raíz *whig* cuya correspondencia muestra su relación con los anteriores y que, lógicamente, dadas sus tareas políticas, conoció sus despachos diplomáticos. No dudo en que una investigación directa en los archivos correspondientes así lo demostraría. Me refiero a John George Lambton, primer conde de Durham (49). Hijo de un acérrimo partidario de Fox y casado en segundas nupcias con la hija del conde de Grey, se caracterizó siempre, además de por su mal carácter, por su radicalismo político, hasta el punto de ser uno de los principales autores de la reforma de 1832 y abandonar el gobierno al año siguiente por parecerle insuficiente. Tras una larga temporada de embajador en Rusia, Lord Melbourne le envía a Canadá como Gobernador y Alto Comisario. Es allí donde elabora el famoso *Durham Report* en el que aboga por la autonomía de un territorio que no dejaba de ser por ello dominio de la Corona. El informe Durham ha sido tenido por «Carta Magna del segundo Imperio Británico», si bien no han faltado visiones críticas que reduzcan su importancia (50). En todo caso, esta transición hacia el gobierno responsable y autónomo de los Dominios de la Corona sobre el modelo de Westminster que había de culminar en el *Status* de 1931, se inicia y difunde a partir de este Informe que responde a una tradición *whig,* ensayada años atrás en el Mediterráneo sobre los precedentes españoles. La vieja politerritorialidad y policracia de la Corona de Aragón y de la Monarquía Hispánica revivió en el tránsito del Imperio Británico a la vieja Commonwealth en tanto se mantuvo el dogma de la indivisibilidad de la Corona (51).

A MODO DE EPÍLOGO

De esta triple vida de la vieja Corona de Aragón el elemento más permanente es la politerritorialidad. Esto es, la articulación de una serie de Estados en torno a un solo poder monárquico, sin mengua de su propia personalidad con lo que ello supone de identidad religiosa, lingüística, jurídica y cultural y la correspondiente autonomía política concretada en una asamblea representativa con competencias legislativas y de control que tratan de legitimarse mediante el engarce cuando no la actualización de las antiguas instituciones protoparlamentarias propias del modelo. Una politerritorialidad que no se produce por mera asociación de elementos originariamente extraños, sino por una a modo de cariocinesis de cuerpos políticos de la que es motor el propio poder. La erección de los Reinos de Valencia y de Mallorca por el conquistador Rey de Aragón son ejemplos paradigmáticos al efecto y ello genera una intimidad entre los miembros de la Corona que hace de ella otro cuerpo pluriterritorial del que las Cortes simultáneas de Monzón y Jaca dieron elocuente testimonio.

A la tematización de ello siglos después es a lo que Ernest Lluch denomino en obra póstuma que me dedicó, *Aragonesismo Austracista* (52). Nada más lógico que traerlo a colación al terminar una lección dada en su memoria.

¿Y acaba todo aquí? ¿Basta con recordar al amigo desaparecido y a instituciones devoradas por la historia? Comencé citando el *Espíritu del Derecho Romano* de Ihering y quiero terminar remitiéndome a las lecciones de Vinogradoff sobre el derecho romano en la Edad Media, que califica de historia de fantasmas, porque el viejo derecho de los quirites cobraba su vigencia una y otra vez siglos más tarde ¿No cabrá a nuestro tiempo, tan necesitado de articular identidades diferentes cuya coincidencia exige la historia, recuperar el legado de la Corona de Aragón?

NOTAS

(1) «La creación del derecho entre los españoles» *Anuario de Historia del Derecho Español,* XXXVI, 1966, p. 359 y ss.

(2) «Las autoridades jurisprudenciales de la Corona de Aragón en el *Escudo* de Fontecha y Salazar» en *Initium. Revista Catalana de Historia del Dret,* 1, 1996, p. 207 y ss. y «Los fundamentos jurídico-políticos del *Escudo* de Pedro de Fontecha y Salazar» en *Notitia Vasconiae.* Revista de Derecho Histórico de Vasconia 1/2001, p. 142 y ss. Por ahora culminados en el estudio preliminar a su edición del *Escudo de la más constante fe y lealtad del muy noble y muy leal Señorío de Vizcaya VPV, 2013.* Cf. Lalinde, *La Corona de Aragón en el mediterráneo medieval 1229-1479,* Zaragoza (Institución Fernando el Católico) 1979.

(3) «El concepto de Monarquía en la Edad Media española» en *Estudios de historia del pensamiento español. I.ª Serie Edad Media.* Madrid, (Ediciones cultura hispánica) 3.ª ed. 1983, p. 65 y ss.

(4) «A Europe of Composite Monarchies» en *Past and Present,* n.º 187 1992 pp. 48 y ss.

(5) Cf. Díez del Corral, *La Monarquía hispánica en el pensamiento político europeo, De Maquiavelo a Humboldt, OOCC,* Madrid (CEPyC) 1998, III, p. 2049-2493 passim.

(6) *Obras del Excelentísimo e Ilustrísimo y Venerable Siervo de Dios Don Juan* de Palafox y Mendoza… Madrid (Imprenta de Don Gabriel Ramírez), 1762, I, p. 628 y ss., V p. 295 y ss. y X p. 36 y ss., 45-46 y 77. Cf. Álvarez de Toledo, *Politics and Reform in Spain and Viceregal Mexico,* Oxford University Press, 2004 passim.

(7) Cf. Casey, «Una libertad bien entendida. Los valencianos y el Estado de los Austria» en *Manuscrist* 17, 1999, p. 237 y ss.

(8) Cf. Navarese (ed.) *La tradizione «inventata», La constituzione dell'ideologia parlamentare in Sicialia fra XVI e XIX secolo* Milan (Giuffre), 2012.

(9) Ultimamente cf. Krebs, *A Most Dangerous Book: Tacitus' Germania from the Roman Empire to the Third Reich* Nueva York/Londres (WW Norton & Company) 2011, capítulos 4 y 6.

(10) *Información de los sucesos del Reino de Aragón en los años 1590 y 1591 en que se advierten los yerros de algunos autores,* Madrid, 1808, p. 187.

(11) Cf. Marañón, *Antonio Pérez,* Madrid (Espasa), 1998, p. 530 y ss. (la obra es de 1947).

(12) *Franco-Gallia,* ed. Lucas, Aix en Provence (Université), 1991, p. 105.

(13) Ed. y traducción de B. Pendás, Madrid (Tecnos), 2008, p. 99 y 153 ss.

(14) Toleti, Apud Perum Rodericum Typo. Regium, 1599, p. 82. Cf. Fava *Le teorie dei monarcomachi e il pensiero politico di Juan de Mariana,* Reggio Emilia, 1953.

(15) *Fueros y libertà. Il mito della consituzione aragonese nell'Europa moderna,* Roma (Carocci Editore), 2007.

(16) «Manifiesto en defensa de los derechos de Carlos III rey de España y de los justos motivos de su expedición» (1703) en Salas (ed.) Leibniz *Escritos de filosofía Jurídica y Política,* Madrid (Biblioteca Nueva), 2001, p. 291 y ss., los textos citados en pp. 309 y 314.

(17) Títulos de dos obras de Lluch, Barcelona (Crítica), 1999 y Vic (Eumo) 2000.

(18) «El Conde de Montijo. Reflexiones en torno al "partido" aragonés aristocrático de 1794 a 1814» en *Trienio, Ilustración y Liberalismo* n.º 4 (1984) p. 33 y ss.

(19) «Un escrito del conde de Teba: el "Discurso sobre la autoridad de los Ricos-Hombres"»en *Hispania* XXXI (1971), p. 137 y ss. El texto de Teba editado en p. 148 y ss.

(20) «El tema de la constitución antigua de Aragón en el pensamiento político de la Ilustración española» en *Actas del I Symposium del Seminario de Ilustración Aragonesa,* Zaragoza (Diputación General de Aragón), 1987, p. 215 y ss.

(21) Ed. Elorza Madrid (Biblioteca Nueva), 1968, p. 139.

(22) Ed. Elorza en *Pan y Toros y otros papeles sediciosos de fines del siglo XVIII,* Madrid, (Ayuso) 1971, p. 97 y ss. Las referencias a Aragón en p. 106 ss.

(23) V.gr. Mignet, *Antonio Pérez et Philipe II,* Paris, 3.º ed. 1854, p. 292 y en España Lafuente, *Historia General de España,* III.ª parte, libro 2.º, capitulo XXIII (ed. Barcelona, Muntaner y Simon, 1883, t. III, pp. 171 y ss.)

(24) Texto en Sevilla, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos en España,* Madrid (Editora Nacional), 1969, I, p. 438.

(25) Cf. Giesey, *If not not. The Oath of Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe,* Princeton University Press, 1968.

(26) Cf. Ribelles, *Memorias histórico-críticas de las antiguas Cortes del Reino de Valencia,* Valencia (Miguel Domingo) 1810 y *Cortes de Cádiz I, Informaciones Oficiales sobre Cortes. Valencia y Aragón.* Edición del Seminario de Historia Moderna de la Universidad de Navarra. Pamplona, 1968, p. 70 y ss.

(27) Peiró Arroyo, *Las Cortes aragonesas de 1808. Pervivencias forales y revolución popular,* Zaragoza (Corte de Aragón) 1985, p. 99 y ss. y 109 y ss.

(28) Rahola, *Los diputados de Cataluña en las Cortes de Cádiz,* Barcelona (Casa de Caridad), 1912, Apendice I, p. 53.

(29) Cf. Ardit, *Els valencians de las Corts de Cadis,* Barcelona (Dalmau), 1968.

(30) Portillo Valdés, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812,* Madrid (CEPyC) 2000.

(31) Artola, *Archivium* n.º 12, 1962 p. 210 Texto recogido en Artola y Flaquer, *La Constitución de 1812,* Marid, 2008, p. 293-b.

(32) Junta de legislación, 5 de Noviembre de 1809, ed. Tomás y Valiente *Anuario de Historia del Derecho Español,* LXV, 1995, pp. 108-109.

(33) Cf. Ardit, *Op. cit.* pp. 19 y ss.

(34) Cf. Estrada «Regnícolas contra provincialistas. Un nuevo acercamiento a Cádiz con especial referencia al caso de Nueva España» en *Historia Constitucional (Revista electrónica)* n.º 6, 2005, p, 125, muy superficial, pero certero en el título.

(35) *El pensamiento constitucional hispanoamericano hasta 1830. Compilación de constituciones y proyectos constitucionales,* Caracas (Academia nacional de la Historia), 1961, III, p. 53. Ejemplo análogo en Cundinamarca 1811 cf. *Ib*. p. 103.

(36) Cf. Ramos «El peruano Morales, ejemplo de la complejidad americana de tradición y reforma en las Cortes de Cádiz» en *Revista de Estudios Políticos,* n.º 146 (Marzo-Abril) *1966, p. 139 s.*

(37) *Diario de Sesiones* 25 de junio de 1821, p. 2476 y ss., cf. 26 de junio de 1821 p. 2496 y 2541 y 24 de enero de 1822 p. 1975.

(38) *Diario de Sesiones* 2 septiembre de 1811, p. 348 y 1742, cf., *Informaciones cit.* p. 156, 196 y 219 y Baleares p. 229, 368 y 287.

(39) *Diario de Sesiones* 2 de septiembre de 1811, p. 1745.

(40) Cf. Fernández Sarasola, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional,* Madrid (CEPyC), 2011, p. 198 y ss. y las referencias allí dadas.

(41) Cf. mi ensayo «Ensimismamiento y alteración constitucional» en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* LXII, n.º 87 (2009-2010), p. 531 y ss., ahora recogido en mi libro *Cádiz a Contrapelo,* Madrid, Taurus (2014).

(42) Cf. Crawley «England and the Sicilian Constitution of 1812» *English Historical Review,* 1940, 256 y ss.

(43) Cf. Heydemann, *Konstitution gegen Revolution Die Britische Deutschland- und Italien Politik.1815-1848,* Gotinga (Rutingen van der Hoeck) 1995.

(44) Cf. la serie de trabajos de Ricotti recogidos en *Il constituzionalismo britanico nel Mediterraneo (1794-1818),* Milan (Giuffre), 2005, passim y los ecos de los mismos p. LI.

(45) Cf. Wight, *The Development of Legislative Council,1606-1945,* Londres (Faber & Faber), 1954.

(46) «Forms of Union: Britain and Spain. A comparative Analysis» en Elliott and Arrieta (eds.) *Forms of Union: the British and Spanish Monarchies in the Seventeenth and Eighteenth Centuries. RIEV 2009 Cuadernos* n.º 5 p. 23 y ss.

(47) Cf. D. Szechi, *The Jacobits. Britain and Europe 1688-1788,* Manchester (Faber & Faber) 1994, en especial p. 97 y 143. La cita de Price en *Observations on the Nature of Civil Liberty. The Principles of Government and the Justice and Policy of the War with America,* Londres 1776, p. 28 vd. las referencias de Maravall supra nota 3.

(48) Respecto de Elliott cf. Mino (ed.) *Life and Letters of Sir Gilbert Elliott First Earl of Minto,* Londres, 1874. Su experience corsa analizada por D. Gregory, *The Ungovernable Rock. A History of Anglo-Corsican Kingdom and its Role in Britain's Mediterranean Strategy During the Revolutionary War 1793-1797,* Oxford (Dickinson) 1985. Respecto de Bentinck cf. Rosselli *Lord Bentinck. The Making of a Liberal Imperialist 1774-1839,* Brighton (Sussex University Press) 1874 y *Lord William Bentinck and the British Occupation of Sicily 1811-1814,* Cambridge (Cambridge University Press), 1956. En general cf O'Gorman, *The Whig Party and the French Revolution,* Londres, (MacMillan) 1967.

(49) Sobre lord Durham cf. la gran biografía de New, *Lord Durham. A Biography of John George Lambton, First Earl of Durham,* Oxford (Clarendom) 1929 y la correspondencia piublicada por Reid, L*ife and Letters of the First Earl of Durham 1792-1840,* Londres (Longsman and Green), 1906.

(50) Coupland (ed.) *The Durham Report.* Oxford (OUP), 1945 p. XLVI. Cf. Martin «Attacking the Durham Myth: seventeen years on» en *Journal of Canadian Studies,* 25 (1990) p. 39 y ss.

(51) Cf. O'Conell «The Crown in the British Commonwealth», *International and Comparative Law Quarterly,* 1957, p. 111.

(52) *Aragonesismo Austracista. Escritos del Conde Juan Amor de Soria,* Zaragoza (Institución Fernando el Católico), 2000, nueva edición 2010.

9. UNA RAÍZ DEL ESTADO AUTORITARIO: LA POLISINODIA DEL ANTIGUO RÉGIMEN

I

Si en la historia importa, más que los hechos, su significado, la obra de José Antonio Maravall se ofrece como paradigma metodológico, pues los hechos se conectan no para reconstruir una imagen, sino para diseñar un sentido. El historiador, e incluso el historicista, saben cuán ambiguos y equívocos son los sentidos trazados por el hombre y hasta qué punto son senderos que no conducen a parte alguna. Pero si es en la exploración de tales sendas donde radica el mayor interés de las investigaciones históricas, a la hora de rendir el merecido tributo a José Antonio Maravall, me ha parecido idóneo ordenar ciertos materiales, no del todo ajenos a las propias investigaciones del homenajeado, para descubrir, más allá de los hechos, su sentido.

Los materiales en cuestión son las instituciones polisinodales de la antigua Monarquía española y la doctrina en torno a ellas construida, y a la que Maravall dedicara muchas páginas de sus primeras investigaciones. El sentido, sólo desde las postrimerías contemplable, es su influencia en lo que Félix Ponteil denominara «Organización autoritaria de Francia» (1) por el primer Bonaparte, origen, a su vez, de toda una estirpe constitucional.

En efecto, si el constitucionalismo histórico español, y especialmente el navarro, influyeron de manera importante en el Estatuto de Bayona de 1808 (2) y, a su vez, este texto es clave para la recta comprensión del derecho constitucional del Gran Imperio, e influye definitivamente en la constitución napolitana del mismo año (3), existe una influencia todavía mayor del Antiguo Régimen en la génesis napoleónica del Estado Autoritario, y en ella ocupa un lugar central la práctica y la doctrina española. Baste, ahora, ocuparnos de tal extremo.

II

En efecto, la Constitución del año VIII, donde se articulan por primera vez las instituciones autoritarias, crea un Consejo de Estado (art. 52), calificado con razón de «resurrección del Consejo del Rey» (4), y un Senado Conservador (tít. II), prototipo de los organismos gerontocráticos inherentes a la estirpe autoritaria. Ambas figuras, moduladas por los esquemas bonapartistas de organización militar, proceden de los proyectos constitucionales de Sieyès, que, a su vez, es heredero de dos grandes tradiciones doctrinales e institucionales, lapidariamente descritas por Montesquieu cuando, al tratar del indispensable «Depósito de las leyes», atribuye esta función a los Parlamentos, puesto que, en expresión ya célebre, «el Consejo del Príncipe es el depósito de su voluntad momentánea y ejecutiva, y no el depósito de las leyes fundamentales» (5).

Pero, a su vez, una y otra corriente responden a los avatares del principio de colegialidad consultiva. Esto es, aquella forma institucional en la cual el poder, aun siendo monocrático, actúa mediante instituciones colegiales cuya intervención, de derecho, es un trámite pero no un límite, porque el soberano, aun obligado a solicitar la opinión de sus consejeros, no se ve obligado a seguirla y, de hecho, aun siendo grande e incluso amenazante, nunca llegó a confiscar los poderes del príncipe, esto es, a convertirse en colegialidad de dirección (6).

Tal fue el sistema, muy difundido desde los albores del Estado Moderno, hasta lo que Otto Hintze (7) denominara «Revolución comisarial», y su origen histórico no es otro que el deber vasallático de *consilium* (A) y la racionalización de la función áulica (B).

A) Las consecuencias institucionales del deber vasallático de Consejo son bien conocidas, y no es éste el momento de insistir en ellas. De la Curia ordinaria derivó el Consejo Real, «cuando al soberano no le basta la consulta ocasional de algunas personas de confianza o de una asamblea de las mismas, convocada intermitentemente en las situaciones difíciles» (8).

Ahora bien, este deber vasallático que, sin duda, impregnaría las primeras manifestaciones del Consejo Real, y del que subsisten reliquias en la legislación, la práctica administrativa y la opinión pública de la España barroca –el deber de decir al rey la verdad (9)–, sufre una transformación de importancia capital en los últimos siglos de la Edad Media.

Se trata, en un principio, de un Consejo de índole protoparlamentaria, fiel reflejo de la estructura estamental de las Cortes y titular, como ellas, de la representación del Reino. El Consejo aparece así, al decir de Piskorski (10),

como una Diputación Permanente de las Cortes. Tal es el caso de los Consejos organizados en las Cortes de Guadalajara de 1297, de Valencia de 1313 y de Burgos de 1315 (11).

Dicha pauta es evidente cuando las Cortes de Burgos de 1367 solicitan de don Enrique el Doliente la composición de un Consejo sobre base territorial, con dos miembros por cada una de las partes sustantivas de la Monarquía, «porque los usos e costumbres e los fueros de las ciudades e villas e lugares de nuestros reinos puedan ser mejor guardados e mantenidos» (12). Años después, las Cortes castellanas celebradas en Valladolid en 1385, en las cuales puede considerarse definitivamente establecida la institución, son contundentes al respecto. En un emocionante Ordenamiento, don Juan I afirma reiteradamente la vinculación entre la necesidad del Consejo y la imposición al Reino de pechos o tributos, a la vez que atribuye a la institución una función de control y la opone al ejercicio solitario del poder: «... porque de nos se dice que facemos las cosas por nuestra cabeca e sin consentimiento, lo cual no es así... porque no entre ninguna cosa en nuestro poder de lo que nos da el reino et otrosí que se nos despienda si no por vuestro mandado [a las Cortes] e ordenación de los de dicho Consejo...» (13).

Late allí, nada menos, que el principio más tarde, y con mejor fortuna, desarrollado por el constitucionalismo anglosajón: la participación de los gobernados en el poder, a través del necesario consentimiento a las cargas públicas: «no taxation without representation». Así parecen entenderlo los contemporáneos cuando afirman, para explicar la participación en el Consejo de Tutores del Rey Niño, don Enrique III, que la «cosa más necesaria es haber gran Consejo e bueno, en el cual Consejo es necesario haber de toda gente, especialmente de aquellos a quienes atañe la carga y el provecho del bien comunal del Reino» (14). Quedan así sentadas las bases de una concepción «protoparlamentaria» del Consejo del Rey. Cuando esta concepción alcanza pleno desarrollo, el Consejo se convierte en un comité ejecutivo de las Cortes, como ocurrió con ocasión de las de Madrid de 1391 (15).

En los Estados orientales de la Península el fenómeno es análogo, y las Cortes aragonesas de la Unión tienen como objetivo principal imponer al rey unos consejeros designados por ellas (16).

Sin duda, los elementos estamentales sobrevivieron largo tiempo en el seno del Consejo Real y de sus múltiples derivaciones. Pero ya en las mismas postrimerías del siglo XIV, frente a lo que se ha denominado concepción protoparlamentaria del Consejo del Rey, aparece y se afirma otra concepción que llamaré áulica, según la cual el Consejo no está llamado a controlar el poder real ni a representar a los Estamentos del Reino, sino a hacer más efectivo el

poder del monarca. Así se pone de manifiesto en la respuesta de don Enrique II a las Cortes de Toro de 1371 –continuación de las de Burgos, antes citadas–, según la cual basta con que de su Consejo formen parte los oidores de las audiencias y los alcaldes de las provincias (17). Años después, cuando el país busca tranquilidad y orden bajo la autoridad real, son las propias Cortes de Briviesca de 1387 las que solicitan la eliminación del principio estamental, petición a la que don Juan I, al que tanto gustaba estar en Consejo, según el canciller Ayala, responde tajante: llevará consigo «aquellos que le entendiere que cumplen a servicio de Dios e suyo e provecho de sus reinos» (18).

Esta disyuntiva entre las dos versiones del Consejo (la concepción protoparlamentaria y la concepción áulica) es una constante en el otoño de la Edad Media occidental. La historia comparada de las instituciones demuestra que el Consejo era el organismo consultivo y ejecutivo, a la vez que controlaba e impulsaba el naciente aparato burocrático en sus diversos aspectos, hacendístico, militar y jurídico-social. Por ello puede afirmarse que «quien era dueño del Consejo era dueño del Estado» (19), y de ahí la lucha por su control. Cuando el príncipe dominaba la situación, el Consejo fue hechura suya, y no faltan casos en Italia y Alemania en los cuales el príncipe formaba un Consejo de extranjeros para mejor controlarlos (20). Por el contrario, a partir del siglo XIV, el rey de Hungría había perdido el dominio sobre su Consejo, en favor de los magnates del Reino (21). En casos así, tal vez sea aventurado hablar de un constitucionalismo preparlamentario, como hacía el obispo Stubbs (22), al ocuparse del Consejo Privado en Inglaterra, bajo los monarcas de la dinastía de Lancaster. Sin embargo, no puede negarse que tal era la dirección hacia la cual apuntaban los esfuerzos de los barones y de los comunes al pretender imponer al rey unos consejeros que fueran garantía de un gobierno «bueno y abundoso». Si, como revelan los más recientes estudios históricos sobre el tema (23), los testimonios documentales respecto de estos intentos de parlamentarizar el Consejo son oscuros e insuficientes, la historia comparada arroja nueva luz. En Francia, donde los Estados Generales de 1355-1358 y 1484-1485 pretenden, de modo muy semejante al Parlamento inglés, determinar la composición del Consejo, la Monarquía francesa se afirma, como la de los Tudor, a través de la concepción áulica del Grand Conseil: el Consejo ha de ser libremente designado por el rey, como fiel instrumento de su poder (24). Por el contrario, los países escandinavos demuestran el otro término de la alternativa. En Dinamarca, el Consejo, órgano de la nobleza, se enfrentó al poder regio y aumentó constantemente, hasta 1648, la autonomía de su composición y la importancia de sus competencias (25). En Suecia, el Consejo, dominado por la nobleza, el estamento realmente autónomo, se convirtió desde el siglo XVI en verdadero

órgano de gobierno colaborador del rey, cuando éste era hábil y fuerte como Gustavo Adolfo, pero capaz también de absorber sus competencias. Así, tras el establecimiento, en 1720, de «las libertades suecas», el Consejo, órgano colegiado de gobierno en el que el rey tan sólo tenía voto de calidad, era nombrado previa presentación por los Estamentos reunidos en Dieta (Ridsdag) y sólo responde ante éste (26). El Consejo constituía, como en 1751 expondría el máximo teórico del sistema, obispo de Abo, «el órgano ejecutivo de los Estamentos» (27). Tal es la esencia del parlamentarismo.

B) Exceptuando Escandinavia, de ambas concepciones, protoparlamentaria y áulica, había de triunfar la segunda, merced a la introducción en el Consejo de un nuevo elemento: los letrados. Su aparición, uno de los más importantes episodios culturales de la historia moderna, da lugar a un rápido proceso de burocratización, «dominación gracias al saber», dirá Weber (28), de las instituciones áulicas, que, como a la burocracia corresponde, sustituye el principio de representatividad por el de jerarquía.

Volviendo al caso castellano, frente a las potestades de las Cortes, la tendencia general en el siglo siguiente a la creación del Consejo Real es triple: se incrementa constantemente el número de letrados –ya presentes en 1387 y mayoritarios desde 1459–; se excluye la representación ciudadana –sustituida por los letrados desde 1406–; se reduce el elemento privilegiado. Así, cuando los Reyes Católicos organizan el Consejo Real en las Cortes de Toledo de 1480, lo componen ocho o nueve letrados, tres caballeros y un prelado, mientras que los próceres eclesiásticos y laicos, aunque ostentan el título de consejeros, carecen de voto en sus deliberaciones (29).

Esta es la situación que, consolidada en los años sucesivos, había de provocar la protesta de los comuneros. En un texto de especial interés (30), comentado por el profesor Maravall, los comuneros, aun reconociendo que los oidores del Consejo deben ser «letrados de ciencia y de conciencia», pretenden volver por los fueros de la representatividad contra la jerarquía inherente a la burocracia anterior. «En el Consejo –afirman– haya de haber tantos oidores como obispados hay en estos reinos de Castilla, en esta manera que en cada un obispado elijan tres letrados de ciencia e de conciencia e de edad de cada cuarenta años e que el Rey o un Gobernador escoja él uno de ellos e que este sea oidor por aquel obispado toda su vida... e que el Rey no pueda poner otros ni quitar estos...» Por otra parte, en el mismo documento se trata de atribuir a este Consejo y al gobernador elegido con su intervención la regencia en caso de minoría, incapacidad o ausencia del rey. Se trata del mismo sistema de las. Cortes de 1391, ya mencionadas. Cuando, en el bando contrario, se tacha a los

comuneros de recabar para los procuradores la potestad de «echar a los del Consejo» (31), podemos, por consiguiente, afirmar que se enfrentaban la concepción áulica, mantenida por los fieles a don Carlos I, y la vieja concepción protoparlamentaria, fracasada ya en Castilla, pero cuyo desarrollo en otras latitudes ha quedado señalado más atrás.

La burocratización, patente en numerosos caracteres de la vida de los Consejos –baste pensar en el procedimiento escrito o en la constitución de una plantilla de funcionarios siempre en aumento–, se muestra especialmente en la organización racional de competencias y funciones. Ya Hernando del Pulgar (32) nos describe las cinco secciones en que se divide el Consejo Real organizado en 1480 por los Reyes Católicos, y que tienen su paralelo un siglo después en Francia (33). La estructuración interna había de acentuarse en los años siguientes, desdoblándose el Consejo de Castilla en tres órganos con propia sustantividad. Pero en nuestro país el tema recibe una especial orientación, al incorporar el naciente Estado la tradición politerritorial y pluriadministrativa de la Corona de Aragón. Como señala Vicens Vives (34), el momento capital del proceso indicado es la creación del Consejo de Aragón (1494), que marca el camino para sumar diversos órganos de competencia territorial y, siguiendo la misma pauta, a una ulterior especialización funcional sobre el mismo modelo sinodal. El corolario de todo ello, no en la sucesión cronológica pero sí en la lógica, es la creación del Consejo de Estado como órgano colegial supremo para los asuntos comunes: «... de la manera que sobre todo este mundo y sobre los cielos que se mueven hay uno que se llama Empíreo... para dar firmeza y constancia a los demás... hay un Consejo muy alto, que se llama de Estado porque trata de la estabilidad y conservación de esta Monarquía e influye también en los demás cielos que son los otros consejos» (35).

Así se llega a lo que Juan de Madariaga llama, enfáticamente, el «Supremo Senado de España», de cuyo prestigio en Europa son el mejor exponente las tesis del abate de Saint Pierre sobre la polisinodia.

Paralela a esta tecnificación de las instituciones áulicas es la racionalización de la función de «consejo», en el sentido no político, sino ético. Este proceso es ya patente en las Leyes de Partidas, donde se define el «Consejo» como «buen anteveimienío que omme toma sobre las cosas dudosas porque no pueda caer en yerro» (36), y se continúa a través de toda una corriente doctrinal que no hace del «consejo» función de la representación, sino de la prudencia política de quien lo da, puesto que «todas las cosas que omme face en su tiempo e en su razón dan mejor fruto que las otras e mayormente las que se han de facer con consejo de omme sabidores» (37). Para apreciar cuan profundamente esta visión del «consejo» había impregnado la institución de

este nombre, basta atender a la Real Pragmática, ya citada, que lo organiza en 1480. Su preámbulo afirma: «Como quiera que en el estado humano ninguna cosa es firme porque los pensamientos de los mortales son dudosos e temerosos e incierta es la providencia de los hombres por prudentes que sean estimados... grande es la firmeza de las cosas que por buen consejo son gobernadas... y por esto conviene a los Reyes tener cerca de sí compañía de buen consejo...» La comparación de este texto con los antes citados, relativos a la paralela creación de Juan I, no deja lugar a dudas sobre la evolución que entretanto había tenido lugar: de la afirmación de la «representatividad» al encomio de la «prudencia».

Ahora bien, esta racionalización ética necesariamente había de confundirse, sobre todo tras la Contrarreforma, con una racionalidad religioso-confesional. Ya desde Pedro IV el Ceremonioso se introducen en el Consejo Real aragonés los «enderezadores de la conciencia regia», maestros en teología y derecho canónico, a quienes correspondía ilustrar al rey sobre la rectitud moral de sus empresas, y en la época inmediatamente posterior abundarán los ejemplos de consultas colegiales de teólogos y moralistas. La *ratio status* tiende a hacerse *ratio confessionis* (38); la voluntad política se transforma en juicio moral, en el sentido del intelectualismo aristotélico que, al decir de Maravall, domina nuestra Contrarreforma (39) y la función de «consejo» sigue una nueva pauta de todo ajena al principio de representatividad que animaba en el siglo XIV a las Cortes de Valladolid. Su fundamentación se encuentra en la Sagrada Escritura (40) y su modelo es el confesor (41). Una investigación general del espíritu de la época pondría de manifiesto la raíz común de muy diversas instituciones: desde el criado confidente, que a través del «gracioso» se asoma a los corrales de comedias, como tipo harto conocido del público, hasta el Retrato del Privado Cristiano, pasando por la figura del director espiritual; la confidencia de quien tiene autoridad para decidir con quien tiene buen sentido para asesorar. Un autor tan leído en su época como Castillo Bobadilla señala cómo el príncipe ha de tener el primer y más importante consejo con Dios y, después, para defender la conveniencia de la institución, afirma que «el enemigo del Consejo es aborrecedor de la razón» (42). En los mismos años, obras mucho más populares, las comedias, harán del Consejo o Senado, repitiendo la fórmula ciceroniana, el entendimiento del cuerpo político (43).

Tal es la representación colectiva que subyace a la abundante literatura sobre el Consejo y consejero de príncipes, inaugurada por Furió Ceriol en 1556 (44). A la grande biblioteca «de re aulica» que podría constituirse habría que añadir las referencias de toda la literatura política de la época, incluidas las obras clásicas. Pero, además, el teatro, fiel exponente de la conciencia popular, puesto

que, ya trate de influirla, ya pretenda tan sólo reflejarla, ha de manejar las categorías que son familiares a aquélla, nos ofrece la apologética descripción de los Consejos en que se encomia la valía personal de sus miembros, sin una sola referencia a su carácter representativo (45). «El dar consejo es del inferior y tomarle del superior», dirá Saavedra Fajardo (Empr., LV).

En la literatura política y en la creación dramática, y por lo tanto en la conciencia colectiva que sustenta ambas, los Consejos son, de acuerdo a una fórmula de raíz aristotélica (*Política*, 1287 b) utilizada en las Partidas, ojos y oídos del príncipe (46), al que sirven de eficaz instrumento de poder y nunca de freno. ¡Cuan lejos estamos de aquellas asambleas representativas del Reino y fiscalizadoras del poder real que todavía reunidas en Monzón, en 1585, tanto habían de irritar a los cortesanos de Castilla! (47). Pero, a la vez, ¡cómo se corresponde esta nueva visión racional de la función de «Consejo» con la organización racional por excelencia de las funciones públicas, la burocracia! La aristocracia intelectual sería la primera versión de una nuda dominación gracias al saber.

III

Así reconstruida la génesis del sistema de gobierno sinodial, pueden subrayarse tres rasgos característicos del mismo. En primer lugar, es un instrumento del absolutismo; sin embargo, y ésta es su segunda característica, se presenta como un límite o control del poder; por último, sirve de cauce a un proceso de estamentalización de las funciones gubernamentales.

Las razones por las cuales la administración colegial sirve de instrumento al absolutismo son varias. Por una parte, se trata de una poderosa técnica de racionalización burocrática, capaz de objetivar y despersonalizar la función. Fue –dirá Max Weber (48)– «una de las primeras instituciones que permitieron llegar al concepto moderno de magistratura, concebida como una forma perenne e independiente de la persona», porque «siempre estuvo unida a la separación entre la oficina y el hogar de sus titulares». Los consejeros se diluyen en la impersonalidad del Consejo, y así lo entendieron los propios contemporáneos de esta nueva forma administrativa: «repartían entre sí los casos –cuenta Hernando del Pulgar– para hacer relación en aquel Consejo y después, todos juntos, veían las relaciones de los procesos y daban secretamente sus votos y pronunciaban todos juntos las sentencias definitivas en las causas, habiéndolas primeramente platicado» (49).

En segundo término, la organización colegial proporciona al príncipe la asistencia de una pluralidad de expertos que suplen los conocimientos y el tiempo que necesariamente han de faltar a una sola persona. En este sentido, puede considerarse ejemplar la introducción de formas colegiales en la reforma administrativa que el emperador Maximiliano I llevó a cabo en sus Estados hereditarios, obligado, principalmente, por la dificultad creciente de los problemas económicos (50). De hecho, los Consejos, especialmente los superiores, como el Consejo de Estado o el de Guerra en España y el Consejo d'en haut en Francia, actúan más como Estado Mayor que como órgano consultivo. Presididos por el propio soberano, preparan la resolución que sólo de la voluntad de éste depende. Así lo demuestra un examen de la preceptiva contemporánea de los Consejos (51).

Por ello la administración colegial nunca constituyó un límite a la autoridad del príncipe, sino tan sólo un trámite al que las decisiones de éste debían ajustarse. El rey debe consultar al Consejo, y la obligación moral tiende progresivamente a plasmarse en un procedimiento reglado. Pero, como subraya el cronista Hernando del Pulgar (52) tras describir minuciosamente la organización sinodal, «de todos estos Consejos recurrían al Rey y a la Reina con cualquier cosa de Facultad que ante ellos venía... e en esta manera el Rey y la Reina proveían en todas las cosas de sus reinos y señoríos». A través de largas disquisiciones doctrinales sobre la coparticipación o no coparticipación del Consejo en el oficio del monarca, sabemos que, salvo opiniones aisladas, «no consulta el Príncipe al Consejo...; como quién está obligado a hacer lo que le dicen ni su suprema potestad está atada a esto» (53). Tal era la opinión docta a la que hacían eco, ante el público, los autores dramáticos y de cuya vigencia práctica dan cuenta los cronistas.

Ahora bien, a la vez que sirve de instrumento del poder absoluto, la organización sinodal enmascara esta realidad, presentándose como un control y límite del poder, a través de una pseudorrepresentatividad, que los teóricos de la organización no dejaron de subrayar y que, más tarde, pasaría como un lugar común al programa constitucional de los tradicionalistas. Si, como antes quedó dicho, el origen del Consejo es el mismo que el de las Cortes (la Curia Regia apoyada en el deber vasallático de consilium que luego evoluciona hacia la asistencia estamental a la Corona como miembros de un solo cuerpo), no cabe tampoco duda de que el Consejo, y más aún los Consejos, habían evolucionado hacia formas burocráticas en las que ya no rige el principio de representación, sino el principio de jerarquía. Baste, en este sentido, comparar el Consejo Real establecido por Juan I con el Consejo de Indias organizado por Carlos I (54). En éste, como en todos los demás, la preeminencia, cuando no

monopolio, de los letrados, o al menos de hombres con formación jurídica, era total, y en el mismo sentido no debe de olvidarse el importante papel del presidente del Consejo de Castilla, cargo frecuentemente atribuido a un procer eclesiástico de sólida formación canónica.

Sin embargo, esta poderosa organización burocrática, que antes vimos calificar de ojos y oídos del príncipe, pretende ser la representación del Reino. Castillo de Bobadilla parece ser el autor qué más enfáticamente expresa semejante punto de vista, pero en modo alguno es el único. Para Bobadilla (55), el Consejo tiene su fundamento en el origen popular de la soberanía, que, por lo tanto, puede restringirse y condicionarse al ejercicio en determinadas condiciones. Para Juan de Madariaga (56), el Consejo o Senado es nada menos que el órgano de representación de la comunidad. Para Fernández de Medrano (57), el Consejo Real de España desempeña, por voluntad del propio monarca, la función de Eforado encargado de contradecir y limitar la potestad real. No faltan en la comedia ecos de esta doctrina.

Se trata, en todo caso, de una versión extremadamente intelectualizada de la idea matriz de la institución, de acuerdo con la cual la voluntad política se expresa en términos de racionalidad. Por ello, la «sabiduría» goza de una especial auctoritas que, si no puede ni quiere competir con la potestas del rey, la aureola de su prestigio y la descarga de responsabilidad: «Uno de los mayores fundamentos de su reputación [la del príncipe] será la fama de que ha juntado, al juicio e inteligencia propia, su fiel y prudente consejo, teniendo gran cuidado en hacerle tal», dice, por ejemplo, Juan Pablo Mártir Rizo (58).

En frase del autor a quien se dedican estas páginas, a la aristocracia intelectual, en la que creen los españoles de los siglos XVI y XVII, «incumbe conseguir que el Rey, siendo libre y soberano, se mantenga, sin embargo, en la medida justa de su poder... al Consejo, como reunión de varones sabios y prudentes que ayudan al Monarca y esclarecen su criterio antes de su soberana decisión» (59). Hasta qué punto esta concepción se emparenta con la idea del viejo y buen derecho a descubrir e interpretar por un colegio de ancianos, lo demuestran los mismos textos legales. En la citada pragmática de 1480, los Reyes Católicos motivan su reorganización del Consejo Real exigiendo que sus miembros «sean personas sabias, viejos y expertos y doctos en las leyes y el derecho porque, según dice la Escritura, en los antiguos es la sabiduría y en el mucho tiempo es la prudencia y la autoridad y pericia de las cosas». Dos siglos después, eliminada ya la cita bíblica, Felipe V había de reiterar el mismo argumento al ordenar a su Consejo atenerse a la doctrina de los precedentes (60). Esta idea ancestral no debe subestimarse a la hora de valorar el conservadurismo de las instituciones colegiales de este tipo.

El abismo que mediaba entre la composición burocrática de los Consejos y su pretendida función representativa y limitadora del poder real trata de salvarse por una vía que hará fortuna más adelante: el neoestamentalismo, consistente en la vinculación de la representación social a cuerpos públicos, meros organismos, cuando no órganos administrativos.

Tal es el criterio que mantienen autores como Cerdán de Tallada o Saavedra Fajardo. El primero, recomendando la incorporación de los presidentes letrados de los diversos Consejos al de Estado, para reforzar de este modo la unidad de la Monarquía (61). Saavedra Fajardo, sugiriendo la conveniencia de unas Cortes decenales, compuestas de dos diputados por cada provincia y dos consejeros por cada uno de los distintos órganos de la Polisinodia (62). De esta manera, la decadencia de las Cortes por la atrofia representativa de los Estamentos (de los cuales en Castilla tan sólo se convocaba al popular) se trata de paliar por una nueva representación, la de los propios organismos burocráticos del Estado. Es éste el rasgo que, potenciado por técnicas comisariales procedentes del Antiguo Régimen y radicalizadas por la Revolución, caracterizó al constitucionalismo napoleónico que se prolonga a lo largo de toda la estirpe constitucional autoritaria.

Pero si el sistema colegial evita la feudalización de las magistraturas es, en cambio, fácil presa a su estamentalización. Se entiende por tal la vinculación de privilegio y servicio y la apropiación de ambos por un grupo con tendencia al hermetismo, reclutado por herencia o, lo que es equivalente, por cooptación, y que hace de su tarea forma de vida, y a la inversa. Los Consejos llegan a ser, de esta manera, monopolio de un Estamento (63), tanto por la específica estructura de la sociedad del Antiguo Régimen (64) como incluso intencionalmente en algunas situaciones; v. gr., en Francia (65).

Sin embargo, más importante que el monopolio o la utilización del régimen sinodal por un estamento privilegiado es el nacimiento de un nuevo estamento en el seno del propio órgano, esto es, lo que Otto Hintze (66) ha denominado un «estamento de funcionarios», en sentido muy amplio. Se trata, en este caso, de un grupo social determinado por una tarea muy específica, y que se caracteriza por una conciencia homogénea y una posición social también homogénea, con independencia de la procedencia social de cada uno de sus miembros.

Así lo demuestra en España la formación de la conciencia estamental de los letrados, paralela a la introducción y difusión de la administración colegial, y que tan brillantemente ha estudiado el propio José Antonio Maravall (67).

Los siglos posteriores no hacen sino confirmar esta interpretación. Quienes entran en los altos organismos administrativos como meros auxiliares técnicos

llegan a convertirse en médula de los mismos. En Francia, bajo el régimen sinodal organizado para potenciar la aristocracia castrense, la incompetencia de ésta en los quehaceres administrativos aumenta la importancia de los secretarios y maîtres de requetés (numéricamente dominantes desde Enrique IV) de los Consejos, hasta el punto de irritar a los grandes feudales padrinos del sistema. En España, bajo Carlos III, el «partido aragonés», de tendencia claramente nobiliaria, cae en la cuenta que el absentismo de los títulos y Grandes del trabajo, peyorativamente calificado de «covachuela», ha transferido la realidad del poder administrativo a una nueva clase de baja nobleza (68).

Dos son las consecuencias principales de este proceso de estamentalización. En primer lugar, el nuevo estamento de funcionarios desarrolla la tendencia al hermetismo propia de esta forma social, y ello se manifiesta a través de su reclutamiento por cooptación. El monopolio de la función y de la formación exigida para desempeñarla coinciden. Ahora bien, y en ello consiste la segunda de las consecuencias más atrás señaladas, el Estamento de Funcionarios, como todo estamento, une a la idea de servicio la de privilegio. Su posición monopolística y hermética es el fundamento para edificar una situación privilegiada, no sólo en el sentido negativo (exención), sino especialmente en el positivo, como es el caso de la participación exclusiva en las tareas de gobierno o el ejercicio de una representación vinculada. La última época de los Austrias conoció los inconvenientes de este proceso en la administración sinodal y trató de paliarlo a través del nombramiento de consejeros nobles «de capa y espada». Entonces, ya los representantes del viejo estamento aristocrático resultaban más dúctiles al poder que los del nuevo estamento, creado a la sombra del poder en el seno del propio órgano. Además, estos gentilhombres eran castellanos e instrumentos de castellanización frente a los letrados, apegados a sus tradiciones forales (69).

Los institutos sinodales, en consecuencia, son firmes soportes del orden político establecido, y de aquí que su posición ante el poder, agente de cambio tanto como de conservación, sea muy ambivalente. El estamento de funcionarios lo debe todo al príncipe, y su estilo de vida consiste en «servir al señor con el cuerpo y la vida, con los bienes y la hacienda, con honradez y conciencia, y darlo todo por él, menos la salvación» (70). Como tal, el estamento de funcionarios y las instituciones, por él monopolizadas, son un dócil instrumento en manos del poder. Tomando como ejemplo el Consejo de Castilla, puede decirse con Desdevices du Dezert (71): «su acción será considerable, sin que ello supusiera límite alguno a la voluntad del Soberano, tanto porque en cada caso concreto la decisión última correspondía al Rey, como porque toda oposición era imposible en una asamblea en la que todos los miembros habían sido nom-

brados por el Rey, estaban pagados por él y podían libremente ser revocados o destinados a otras funciones».

Sin embargo, en la medida en que, mediante una amortización de plazas y un sistema autónomo de reclutamiento por cooptación, el estamento y las instituciones estamentalizadas se convierten en una realidad social independiente, la biología política lleva a la ineludible oposición entre poder y contrapoder. El Estamento creado a la sombra del soberano pretende confiscar la soberanía. Tras la apropiación de la función al servicio del poder se intenta la apropiación del poder mismo, si los derroteros de éste aparecen como peligrosos a los intereses estamentales. Históricamente, sabemos que el más poderoso estamento de príncipes, el alemán, nació de un estamento de funcionarios e hizo de los Consejos su órgano de expresión preferente, y la Fronda parlamentaria francesa intentó, en más de una ocasión, una operación análoga. Otro tanto intentaría, en 1814, el Senado napoleónico y, tras él, muchas instituciones autoritarias.

Mousnier e investigadores paralelos como Bluche y Egret, entre otros, han señalado cómo en Francia esta ambivalencia se plasma, incluso, en una diferencia social dentro de la nobleza de toga: por un lado, las familias de consejeros leales a la Corte; de otro, las familias parlamentarias provincianas, siempre proclives a la defensa de privilegios estamentales y locales.

El gran partero constitucional que fue Sieyès recogió y diferenció con el nombre de poder gobernante y poder conservador ambos legados, y la racionalización jurídica llevada a cabo por la Revolución y su obra constituyente reconoció la sustantividad de uno y otro. A la vez, el Antiguo Régimen legaba también las técnicas comisariales –nombramiento de personal libremente revocable para el desempeño de comisiones concretas– que habían permitido, en el campo de la administración, someter estrechamente los funcionarios al príncipe. Estas mismas técnicas habían de permitir modular ambas tradiciones al servicio del poder autoritario.

Las más doctas investigaciones sobre los orígenes de la Constitución del año VIII se detienen en las Constituciones francesas y filofrancesas posteriores a 1791 y en las doctrinas de Sieyès, pero allende estas doctrinas, y como fundamento de las mismas, los datos expuestos permiten vislumbrar cuán grande era la continuidad entre aquel docto e influyente ideador de fórmulas constitucionales y la práctica y la doctrina del Antiguo Régimen. Una vez más, como certeramente señalara Tocqueville, la Revolución y su legatario Bonaparte se constituían como los más fieles herederos del Antiguo Régimen.

NOTAS

(1) *Napoleón et l'organisation autoritaire de la France,* París, 1956.
(2) Cfr. SANZ CID, *La Constitución en Bayona,* Madrid, 1922.
(3) Cfr. *Bulletino delle leggi del Regno de Napoli,* t. IV.
(4) BARTHELEMY, *Droit Administratif*, 13 ed.; cfr. *Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire*, París, 1952, pp. 31 y ss.
(5) I, IV.
(6) MAX WEBER, *Economía y Sociedad,* traducción española, México, 1966, I, pp. 217 y ss., en especial p. 219.
(7) «Der Comisarius und seine Bedeutung in der allgemeine Verwaltungsgeschichte. Eine vergleichende studie», en el volumen *Staat und Verfassung*, 2: ed., Gottinga, 1962.
(8) WEBER, op. cit., II, p. 747. Cfr. Prendes en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 126, 1962. Frente a la interpretación general acuñada por Sánchez Albornoz y divulgada por García de Valdeavellano, *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*, Madrid, 1961, pp. 450 y ss, se enfrentan más recientes investigaciones. V. gr., Salustiano de Dios, *El Consejo de Castilla,* Madrid, 1982, pp. 9 y ss.
(9) Vid., ANTEQUERA, *Historia de la legislación española*, Madrid, 1884, p. 347; otro testimonio en *Nov. Rec*., IV, III, 15. El tópico aparece constantemente en la literatura dramática del siglo XVII; cfr. HERRERO GARCÍA, «La Monarquía Teorética de Lope de Vega», en *Fénix*, núm. 3, pp. 343 y ss.
(10) *Las Cortes de Castilla en el período de tránsito de la Edad Media a la Moderna* (1183-1520), traducción española, Barcelona, 1930, p. 178.
(11) Cfr. TORREANAZ, *Los Consejos del Rey en la Edad Media*, Madrid, 1884, I, pp. 128 y ss.
(12) *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla*, ed. R. A. H., Madrid, 1883, II, p. 148.
(13) *Ibid*., II, p. 332.
(14) *Crónica de Don Enrique III de Castilla e de León*, año 2.º (1392); *Crónicas de los Reyes de Castilla*, II, ed. B. A. E., cap. VI, p. 188 b.
(15) *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla*, I, pp. 384-385.
(16) ZURITA, *Los cinco libros primeros de la. 1.» parte de los Anales de la Corona de Aragón,* Zaragoza, 1585, t. I, p. 321 vto. Gfr. González Antón, Las Uniones Aragonesas y las Cortes del Reino (1283-1301), Zaragoza, 1975.
(17) Cortes de los antiguos Reinos..., II, p. 208.
(18) *Ibid.*
(19) *Guerée, Occident au XIV et XV siècles*: *Les Etats*, París, col. Nouvelle Clio, núm. 22, cap. II.
(20) *Vid*., el panorama constitucional comparado trazado por Elton en *New Cambridge Modern History,* II, *The Reformation*, Cambridge, 1958 (ed. 1975), pp. 444 y ss. Cfr. el ejemplo típico de Nápoles bajo la dinastía aragonesa en Ryder, *The Kingdom of Naples under Alfonso the Magnanimous*, Oxford, 1976, pp. 91 y ss.
(21) ESZLARY, *Histoire des institutions publiques hongroises*, París, 1959, I.
(22) *The constitutional history of England*, 5.ª Ed., Oxford, 1898, III, pp. 5 y ss.
(23) Cfr. JLLIFFE, *The constitutional history of Medieval England*, Londres, 1937. Últimamente Brown, «The Commons and the Council in the Reign of Henry IV», en Fryde Miller (ed.), *Historiad Studies of íbe English Parliament*, II, Cambridge, 1970, pp. 31 y ss.
(24) Cfr. DOUCET, *Les institutions de la France au XV siècle,* París, 1948, y Elton, *The Tudor revolution in Government*, Cambridge, 1953.
(25) Ellehoj en DANTRUP y KOCH (eds.), *Danmarks Historie*, Copenhague, 1964-1965, vol. 7, pp. 397 y ss.
(26) CARLSSON y ROSEN, *Svensk historia*, I, Estocolmo, 1961, pp. 96 y ss.
(27) Citado por JUTIKKALA, *A history of Finland*, New York, 1962, p. 145.
(28) *Op. cit.,* I, p. 179.
(29) Los datos de este proceso están resumidos en García Valdeaveilano, *op. cit.,* p. 459.
(30) *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España*, 1, p. 273.
(31) Citado por DANVILA, *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, Madrid, 1897, II, p. 502. Cfr. Maravall, *Las Comunidades de Castilla*, Madrid, 1963, p. 132.
(32) *Crónica de los Reyes Católicos*, ed. Carriazo, Madrid, 1941, I, p. 421.
(33) Cfr. OLIVER MARTÍN, *Le Conseil d'Etaí du Roi* (Les cours de Droit, 1942-1943), pp. 13 y ss.
(34) «Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII» (1960), recopilado en *Obra Dispersa*, Barcelona, 1967, pp. 359-377.

(35) Juan de Madariaga, *Del Senado y de su Príncipe*, Valencia, 1616, p. 35. Para un primer testimonio sobre el Consejo de Estado, cfr. *Miscelánea di Storia Italiana,* tercera serie, t. XVII, Torino, 1915, pp. 426-427.

(36) III, XXI, 1.a. Cfr. Ferrari, «La secularización de la Teoría del Estado en las Partidas», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XI, 1934, pp. 449-456; Vid. p. 452.

(37) III, XXI, 2.ª; cfr. XXVIII, 9, 2.ª

(38) Cfr. García Pelayo, «Sobre las razones históricas de la razón de Estado», en el volumen' *Del mito y de la razón de Estado en el pensamiento político,* Madrid, 1968, pp. 279 y ss.

(39) Cfr. Maravall, *Teoría española del Estado en el siglo XVI,* Madrid, 1944, cap. V. Los autores que pueden citarse a guisa de ejemplo son innumerables; así, Ramírez de Prado: «consejo es aprobación que el entendimiento hace de lo que parece más conveniente al fin que se pretende» *(Consejo y consejero de Príncipes,* Madrid, 1617, inicio).

(40) Cfr. Maravall, *op. tit.,* p. 276.

(41) V. gr.: Fray Juan de la Cruz: «A ninguno toca este oficio más propiamente que al confesor, que se ha de presumir que ha de ser hombre de letras y no como quiera sino con amplia enciclopedia de facultades. Buen teólogo escolástico, mucho mejor moral que es lo que más importa, con noticia de derecho positivo y con grande extensión de historias y, sobre todo, de juicio cuerdo y prudente y de conocida virtud, para que lo que resolviese con la Teología lo sacase del conocimiento de los casos sucedidos en los siglos pasados, sin cuyo conocimiento parece caso imposible que se pueda gobernar bien una Monarquía» *(Job estoico ilustrado,* Zaragoza, 1638, p. 83).

(42) *Política para corregidores y señores de vasallos,* Madrid, 1597, pp. 497 y 506.

(43) V.gr.: Brances Candamo, *El esclavo en grillos de oro*, II, B. A. E., XLIX, p. 317.,

(44) Esta literatura fue someramente analizada.por Maravall en la citada obra, cap. VIL

(45) V.gr.: Lope de Vega, *La Octava Maravilla,* I, ed. R. Ac, N., VIII, p. 251.

(46) *Partidas*, II, IX, 5.ª Ejemplos del tópico en Merriman, *The rise of the Spanish Empire*, III, Nueva York, 1925, p. 144, y Maravall, *op. cit*., p. 279.

(47) Cfr. Menéndez Pidal en *Bol. R. Ac*., II, 1915, pp. 460 y ss. En este sentido han de interpretarse las polémicas en torno a las funciones del Consejo Real en Navarra desde el siglo XVII.

(48) *Op. cit.*, II, p. 747.

(49) *Op. cit.,* I, pp. 421-422.

(50) Cfr. Mayer *Die Verwaltungsorganisation Maximilians, 1.* s.l., 1920. Cfr. Escudero, en A. H: D: E: XXXVI, 1966, pp. 255 y ss.

(51) Madariaga, op. Cit., caps. XXII y ss.

(52) *Op. cit*., 1, p. 422.

(53) Cfr. Maravall, op. cit., pp. 228 y ss. (la cita es del P. Rivadeneyra). En la perspectiva comparada para Francia, cfr. M. Antoine, *Le Conseil du Roi sur le règne de Louis XV*, París-Ginebra, 1973, pp. 217 y ss.

(54) Cfr. Bernard, *Le Secrétariat d'Eíai et le Conseil espagnol des Indes*, 1700-1808, París, 1972, pp. 165 y ss.

(55) *Op. cit*., I, pp. 380 y ss.

(56) *Op. cit*., p. 479.

(57) *Política Mixta*. Madrid. 1602. p. 13

(58) *Norte de Príncipes,* Madrid, 1626, cap. XVIII.

(59) Maravall, *op. cit.,* pp. 275-276.

(60) R. C. de 9 de junio de 1715, *Nov. Rec.,* IV, III, 4, 17.

(61) *Veroloquium de las Reglas de Estado,* Valencia, 1604.

(62) *Idea de un Príncipe Político-Cristiano,* Empresa LV.

(63) Cfr. García de Enterría, *La Administración española,* 2.ª ed., Madrid, 1964, p. 188, que hace una sugerente aplicación de esta categoría a la administración colegial.

(64) Cfr. para Francia, las investigaciones inauguradas por Mousnier: *Le Conseil du Roí de Louis XII a la Revolution,* París, 1979, pp. 37 y *ss.* En España, los datos aportados por Fallard: *Les membres du Conseil de Castille a l'époque Moderne* (1621-1746), Ginebra, 1979.

(65) Cfr. Oliver Martín, *op. cit.,* pp. 23 y sst) con numerosos materiales. Un paralelo en Suecia, cfr. Roberts, *Gustavus Adolphus*. *A history of Sweden,* 1611-1632, I, Londres, 1953, pp. 260 y ss.

(66) «Der Beamtenstand» (1911), en el volumen citado.

(67) «Los hombres de saber o letrados y la formación de su conciencia estamental», en el volumen *Estudios de historia del pensamiento español*, 1.a serie, Madrid, 1967, p. 347. Un precedente en Moxo,

Hispania, 129, 1975, pp. 5 y ss. Para matizar lo apuntado en el texto, ofrecen especial interés los estudios de Maravall recogidos en la segunda parte de su obra *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, Madrid, 1979, pp. 149 y ss., y en especial pp. 251 y ss. Últimamente P. Molas Ribalta, *Consejos y audiencias durante el reinado de Felipe II*, Valladolid, 1984, pp. 82 y ss., con las referencias allí contenidas.

(68) Cfr. García Pelayo, «El Estamento de la Nobleza en el despotismo ilustrado español», *Moneda y Crédito,* 17, 1946, pp. 37 y ss.

(69) Batista i Roca, prólogo a Koenigsberger, *La práctica del Imperio*, traducción española, Madrid, 1975, pp. 39-40. Ver también la relación descrita en pp. 75 y ss.

(70) Frase de Federico Guillermo de Prusia, citada por Hintze.

(71) «*Le Conseíl de Castille au XVIII siècle*». *Revue Historique,* 1902, 69, p. 23.

10. EL VALOR CONSTITUCIONAL DE IDENTIDAD

1. Comenzaré aclarando los términos sobre los que voy a disertar: valor, constitución e identidad.

Valor es un término difícil de definir y prueba de ello es el raudal de docta tinta al que los intentos de tal definición han dado lugar especialmente a partir de la Conferencia de Brentano de 1889 precozmente traducida al castellano (1). Pero lo cierto es que las más valiosas lucubraciones españolas sobre el tema se han desarrollado en esta Real Academia. Desde el non nato discurso de Ortega con ocasión de su frustrada doble elección como miembro de la misma en 1918, culminado en su *Introducción a una Estimativa* publicada en 1923 (2), hasta el de nuestro compañero Gracia Guillén en 2011 (3), que reelabora la tesis de Ortega mediante una penetrante exégesis de la noología acuñada por Zubiri, pasando por el de García Morente en 1932 (4). Nada me honra más que situarme al término de tan ilustre fila y de los tres autores mencionados concluyo que los valores no son ni meramente subjetivos ni totalmente objetivos sino, en expresión orteguiana, cualidades de las cosas. «Unas cualidades que tienen su propia estimación y dignidad que le conviene no menos a sí mismas que a la apreciación del hombre» (5).

En cuanto a la Constitución son tres las principales acepciones de la Constitución que ha formulado el moderno constitucionalismo: normativismo, decisionismo e integracionismo (6).

Según la primera, protagonizada por Hans Kelsen y su escuela, la Constitución es una norma, norma suprema de la que se deriva lógicamente todo el ordenamiento jurídico y que como, a juicio de la Teoría Pura, es propio de todo derecho, predica un «deber ser».

De acuerdo con la segunda, cuyo principal formulador y defensor fue Carl Schmitt, la constitución es una decisión sobre la forma de la existencia

política de la comunidad. Y si plasma en una o varias normas, no es por deducción lógica, sino por la fuerza de esta decisión. Decisionismo y normativismo, en la historia de las ideas jurídicas acérrimos rivales, son en realidad, faz y envés de la misma posición. La decisión produce la norma, la norma existe en virtud de una decisión, porque como dice el mismo Kelsen, tras la hipotética norma fundamental existe la, a su juicio, metajurídica realidad del poder. La decisión opta por un «deber ser»; la norma lo proclama e impone. La constitución es así un instrumento de innovación. Un programa de acción política. Así lo demuestra el constitucionalismo comparado de nuestros días. Baste señalar en el ámbito iberoamericano lo que el ilustre jurista profesor Alberto Dallavía (7), correspondiente argentino de esta misma Academia, denomina el proyecto económico de la Constitución que va desde la «cláusula de progreso» del gran Alberdi hasta hoy.

Pero la Constitución puede también entenderse, no como un «deber ser», sino como un «ser».

La constitución, en efecto, no es solo norma ni solo decisión, sino un orden concreto que condiciona las decisiones y da sentido a las normas. Un orden concreto fruto de la concurrencia de valores, de normas y de prácticas, de relaciones y afectos. Un orden concreto en el que participan una pluralidad de sujetos. Lo que Lasalle (8) denominó, en su famosa conferencia berlinesa de 1862, «fragmentos de constitución», en cuyo equilibrio dinámico consiste la integración que Rudolf Smend consideraba esencia de la Constitución y que ha de ser capaz de unir la pluralidad sin destruirla. En ello consiste, decía otro ilustre miembro de esta Real Academia, Javier Conde (9), la «constitucionalización» de la cosa pública frente a su «totalización», como vías alternativas de acceso a la integración política a la altura que nuestro tiempo exige. Tal es la meta, el *telos* en término de Löwenstein de la constitución y que como finalidad orienta la creación y rige la interpretación de la constitución como de todo el derecho.

Ahora bien, lo concreto es singular y la singularidad, si por una parte integra y por otro lado distingue, exige identificarse.

La identidad, sea hétero o auto, es, para expresarlo con toda brevedad, la manera auténtica y, por auténtica radical, del existencial heideggeriano ser-con-los-otros-en-el-mundo. Es la versión concreta de la intersubjetividad, condición trascendental de toda subjetividad.

En efecto, la identidad, toda identidad, supone una diferencia frente a los otros, pero, además la identidad se da en relación con otros. Como pone de relieve la más autorizada antropología social, sirva por todos el nombre y la obra de nuestro docto colega, el Profesor Lisón, la identidad fue y es siempre

colectiva. Si entre los antiguos griegos hay individualidades especialmente fuertes, estas son sin duda alguna, las de los héroes. Pero cuando en la poesía homérica se pregunta a Glauco y al mismo Eneas por su nombre, responden preciándose de pertenecer a una determinada estirpe, y el Edipo de Sófocles anda como anda por no estar seguro de su genealogía. La famosa sentencia de Hegel en la *Fenomenología del Espíritu,* «el yo que es nosotros, el nosotros que es yo» describe un invariante de la humanidad.

Ahora bien ¿Quiénes somos nosotros? Hay identidades sectoriales e identidades globales. Las primeras, como son, por poner algunos ejemplos, las religiosas, étnicas, lingüísticas, de género, de orientación sexual o de minusvalía atienden a un solo factor de identidad que por relevante que sea, puede requerir ciertas políticas de reconocimiento, hoy en alza merced a la hipervalorarización de la que se ha denominado la «experiencia vivida», pero no determina toda la vida pública del sujeto. Tal es el caso de las denominadas novísimas minorías o movimientos sociales. Las identidades globales son eminentemente políticas y abarcan y sintetizan los diferentes factores materiales de integración –lengua, cultura, historia, etc.– que provocan la voluntad de vivir juntos en que, en la famosa definición de Renan, consiste la Nación, el cuerpo político, el *body politic* de los anglosajones.

Esa «voluntad de vivir juntos» no es arbitraria y no puede inventarse ni improvisarse. Se quiere vivir juntos porque hay razones para ello. Porque, en expresión de Puchta, referente al espíritu del pueblo, hay comunidad de prácticas y sentimientos, porque hay factores de integración, cuestión sobre la que volveré más adelante. Y esas razones no basta con desearlas y proyectarlas; es preciso constatarlas porque proceden del fondo de los siglos, pero no cristaliza en una estructura fija como es propio de los minerales. Evoluciona orgánicamente: *eadem sed aliter*. Y como tal es constituyente, incluso a través de la Revolución como mostrase Tocqueville en su famosa obra *L'ancien régime et la révolution*. Por ello mismo, porque la identidad es constitutiva del sujeto, es indisponible por el propio sujeto.

La identidad de la comunidad política trasciende todas las identidades sectoriales. No es perceptiva, como lo es el color de la piel o la comunidad cultual, atienda o no a una fe común. No responde a ninguna sensibilidad física. No es perceptiva, sino metaempírica aunque no de orden matemático, esto es abstracto y homogéneo, como sería el caso de la «ciudadanía mundial», establecida *ratione imperii,* sino simbólico, entendiendo por símbolo la aprehensión afectiva de un objeto, ya real ya ideal que, dando sentido a una situación límite, permite el acceso a otro plano de la realidad. Como al decir de Aristóteles el vivir político en la Ciudad regida por leyes trasciende las relacio-

nes conyugales, paterno filiales y dominicales, esto es domésticas y aun vecinales *(Política I, 2.5.3b, 2.5.5b)*.

Esa identidad tiene de correlato una homogeneidad de base que señaló Heller es indispensable a la vida democrática. Javier Conde dirá que es el orden por comunión que posibilita un orden por concurrencia que no desgaja la sociedad. Por eso, según demuestra la experiencia, la democracia que, para ser real no solo supone participación inclusiva sino equitativa distribución de bienes económicos y culturales, funciona únicamente en el marco de los estados nacionales.

2. La identidad del cuerpo político es tan vieja como el mundo. Pero la decantación filosófica del concepto es obra de las Luces. Las Luces de la Ilustración que, a base de iluminar la realidad, descubren la historicidad. Lo que Meinecke tituló *Génesis del Historicismo* (10).

Ernest Cassirer en su bella obra *Filosofía de la Ilustración* (11) diseña un sugestivo esquema tripartito de tan capital proceso de decantación intelectual. Primero, la inmanencia de todo conocimiento, en paralelo a lo que, desde Galileo, rige en las Ciencias naturales. Así lo pone de manifiesto la historia filosófica cultivada en el siglo XVIII por ilustrados como Voltaire, que llega al apogeo en el *Dictionaire historique et critique* de Bayle. Esto es, el aprecio de cada hecho singular, contemplado y estimado como tal singularidad.

Segundo, fue Leibniz, a juicio de Cassirer, quien, al contemplar la unidad singular, la *mónada* como energía y articularla en el binomio sustancia fecunda y cambio sin ruptura, introduce la idea de continuidad de lo idéntico y sienta las bases filosóficas que aprovechará Herder.

Tercero, el mismo Cassirer sostiene que la idea de religión natural propia de la Ilustración clama por un contenido concreto, esto es histórico, que, como demuestra el caso paradigmático de Lessing, se vincula al pietismo por un lado y a la religiosidad popular por otro. Esto es, a la afectividad.

Y es la identidad del cuerpo político, llámese o no nacional, porque «la rosa cualquier que fuera su nombre tiene siempre el mismo aroma», cristalice o no en un Estado o en la pretensión de serlo, sacada a luz por la Escuela Histórica, así caracterizada por lo individual, temporal y afectivo, la que, como mostraré a continuación, el constitucionalismo contemporáneo estima valiosa.

Otro ilustre miembro de esta Corporación, ya desaparecido pero nunca olvidado, mi admirado Pablo Lucas Verdú, escribió en 1984 un ensayo titulado *Estimativa y política constitucionales* (12) donde, en la senda orteguiana, señala que los valores no son creados por la constitución sino que la constitución los reconoce y estima. Tal es el caso de la identidad objeto de mi disertación,

siempre ya ahí, pero que la doctrina constitucionalista más reciente y autorizada no ha creado, pero sí ha destacado hasta el punto de hacerla condición de la eficacia de los derechos fundamentales, del gobierno democrático y de la vigencia del ordenamiento jurídico. Es, incluso, para muchos, en función de la identidad como ha de entenderse la soberanía (13). Por ello, la identidad de ese orden concreto, que para identificar de verdad ha de ser singularizadora, es algo que la Constitución debe expresar.

¿Y por qué la actualidad del valor de identidad? (14) Porque, como en su discurso de ingreso en esta Real Academia pusiera de relieve el Prof. González Seara (15), la alternativa a las hoy puestas en tela de juicio identidades singulares más concretas, es la todavía más ambigua globalización y sus pródromos supranacionales. Y eso no lo dice Seara sino yo, los hombres, todos y siempre, prefieren la singularidad de lo concreto a la ambigüedad de lo porvenir. El gran pedagogo de la España moderna, Ortega, lo decía rotundamente: «El individuo no ha existido nunca, es una abstracción. La humanidad no existe todavía: es un ideal. En tanto que vamos y venimos la única realidad es nuestra nación».

En su discurso del mes de agosto del 2018 ante los embajadores de Francia, el Presidente de la República, convencido y activo europeísta, lo ha dicho de forma contundente: «la identidad profunda de los pueblos ha regresado y eso está bien». En efecto, la más racional expresión de una deseable civilización cosmopolita, la hecha por Kant, se pretende construir a través de la «insociable sociabilidad» inherente a la diversidad de identidades con la finalidad no de suprimirlas en aras de una borreguil homogeneidad, (la expresión es del mismo Kant), sino de conservarlas, de manera que la más pequeña y débil de ellas no tenga nada que temer (16).

3. Pasemos ahora del plano de las ideas al de los textos constitucionales y a su práctica jurisprudencial y construcción doctrinal. La valoración constitucional de la identidad se inicia como tantas otras categorías dogmáticas, en la Alemania de Weimar sometida a las presiones del internacionalismo, tanto burgués como proletario, y se desarrolla en tres pasos sucesivos (17).

Primero, por obra de dos autores señeros: Bilfinger, cuyos errores políticos le sepultaron en el olvido y Schmitt, merced a las ideas de coherencia del orden constitucional y de constitución positiva. Esto es, de una opción existencial que no pueden alterar sin destruirla, las que denomina leyes de la constitución. Tal es la idea que, quince años más tarde, cristaliza en la denominada «cláusula de eternidad» del artículo 79 GG que establece límites absolutos –derechos fundamentales y organización federal– a la reforma de la propia constitución. Cláusula que la más autorizada doctrina consideró identificadora

de la Constitución como una salvaguarda frente a una ocasional mayoría suficiente para reformar la Ley Fundamental y «pervertir», según dijera von Hippel, el orden jurídico como había hecho la Ley de autorización de plenos poderes al Führer en 1933. No deja de ser paradójico que quien erosionó doctrinalmente la democracia de Weimar y proclamó al Führer «protector de la justicia», tras la criminal «noche de los cuchillos largos», Carl Schmitt, «vencido, pero no convencido» según se autodefinía tras el correspondiente proceso de desnazificación, inspirara las máximas garantías de la democracia de Bonn. La tesis doctoral que en 1982 presentara Brun-Otto Bryde (18), en su día magistrado del Tribunal Constitucional Federal, es la primera y más elocuente muestra de esta con razón llamada recepción canónica de Schmitt por el constitucionalismo democrático. Una vez más, la malevolencia del talento no empece su genialidad.

Entre tanto, un segundo paso lo dio el Tribunal Constitucional Federal alemán cuando, por sentencia de 29 de Mayo de 1974 *(Solange I),* muy influyente en los Estados del este de Europa (19) interpretó la «cláusula de eternidad» del art. 79 GG como límite a la transferencia de competencias a una instancia supranacional, concretamente a las instituciones europeas. El fenómeno tuvo su paralelo en Francia, ya desde 1973, pero especialmente a partir de lo que el Consejo Constitucional denomina «principios inherentes a la identidad constitucional de Francia» que incluye los valores declarados en los preámbulos constitucionales de 1946 y 1958 (n.º 2006-540 DC de 27 de Julio) y después en otros Estados miembros de la actual Unión como muestra el reciente estudio comparado de Derosier (20) sobre la situación en Francia, Italia y Alemania. La identidad constitucional es así una garantía no frente a la destrucción de la Constitución, sino frente a la mutación radical del Estado por vaciamiento competencial y desde entonces hasta ahora se ha planteado en relación con la supremacía del derecho europeo sobre el nacional. Baste para ilustrarlo el reciente de Del Vecchio (21).

El Prof. Rodríguez Iglesias y yo mismo señalamos (22), a fines de los 90, frente a las ambigüedades del Tribunal Constitucional español en su Decisión 1/2004 tan distante de la anterior 1/1992, que las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros, aceptaban la supremacía del derecho europeo sobre las normas estatales infraconstitucionales, pero la rechazan sobre las propias constituciones. Negaban así lo que el Tribunal de Justicia de la Unión afirmara desde los casos Handelgesselschaft de 1970 y Politis de 1971. La tendencia ha continuado hasta ahora.

La entonces Comunidad Europea hubo de reaccionar ante semejante deriva y tras ocuparse sin concluyente éxito de la deseada identidad europea desde la década de 1970, el Tratado de Maastricht de 1992 introdujo la garantía de la

«identidad nacional de los Estados miembros» (artículo F, hoy al artículo 4.2 del TUE reformado) extremo reiterado en el Tratado de Amsterdam (artículo 6.3 del TUE) que enfatizó el frustrado Tratado Constitucional del 2004 (art. I,5) a partir de la fórmula Chritophersen –así llamada por el nombre de su proponente en la Convención Constitucional de Roma. El Tratado de Lisboa del 2006 acentuó la expresión del citado artículo 1,5 en los siguientes términos: «La Unión respetará la… identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro» (art. 3.2).

Un tercer paso se da en la jurisprudencia constitucional comparada cuando se trata de esclarecer qué ha de entenderse por «estructuras constitucionales básicas» como núcleo fundamental de la Constitución. Un concepto surgido en la jurisprudencia norteamericana, depurado, reelaborado y difundido en sentido identitario después en el sudeste asiático a partir de la jurisprudencia de la Unión India, la más grande democracia del planeta, servida por excelentes iuspublicistas (23).

El tema requiere un breve excurso doctrinal, antes de coronarlo con una crónica jurisprudencial. En efecto, la identidad constitucional puede concebirse de dos maneras que cabe vincular a dos categorías reiteradamente popularizadas por Habermas en su profusa obra y que expresan dos diferentes y opuestas concepciones de la fundamentación de la cosa pública: el *demos y el ethnos*.

De acuerdo con la primera, el *demos,* la identidad constitucional, consiste en una serie de valores éticos y de las instituciones de democracia procedimental que se corresponden con ellos. La conquista civilizadora en general de una conducta conforme al derecho y procedimientos eficientes para la producción y control de la voluntad del poder público, fruto de un pacto tácito *more rousseauniano*. Se trata de las instituciones del Estado de derecho democrático y de los derechos y libertades fundamentales, tal como se acuñaron en 1789 y han sido desarrollados en los más importantes textos constitucionales e internacionales. Son las «prácticas constitucionales comunes a los Estados europeos» a que se refieren los textos del derecho de la Unión que, precisamente por ser comunes y cada vez más compartidas a lo largo de todo el planeta, al menos en el nivel de la retórica propio de las constituciones que Löwenstein califica de «nominales», pierden su capacidad identificatoria. Se trata de un orden puramente normativo, un «deber ser» deter-

minado por valores universales o, al menos, con pretensiones de universalización que, por ello mismo, no es un orden concreto singular e identificador.

El derecho comparado ofrece pruebas evidentes de ello. Por ejemplo, las partes dogmáticas, esto es las declaraciones de derechos de muchas constituciones subsaharianas, siguen el modelo del texto nigeriano de 1960. Fruto, a su vez, de la recepción del Convenio Europeo de Derechos del hombre de 1950 y de la influencia del texto indio del mismo año (24). Lo que es común puede ser muy valioso y sin duda lo es, pero carece de fuerza identificadora. En pagos más próximos, es sin duda importante que nuestra Constitución consagre en su artículo 1.1 los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, pero esos valores, un tanto ideales en el sentido neokantiano del término, piénsese en Stamler y su metáfora de la Estrella Polar, están constitucionalizados, expresa o tácitamente, por la práctica de la mayor parte de los países europeos sin que España, Alemania y Noruega dejen de ser distintos y diferentes entre sí. No son esos valores, por importantes que sin duda resulten, los que constitucionalmente identifican a España. Por eso me parece un cascarón vacío el concepto de «patriotismo constitucional» acuñado en 1973 por el politólogo Dolf Stermberger y después popularizado por Habermas (25).

El famoso «Españoles ya tenéis patria» con que el entusiasta doceañista saludara el nacimiento de «la Pepa» no pasa de ser una alegre necedad. No fue la Constitución de 1812 la creadora de la patria de los españoles. Fue la patria secular de los españoles la que hizo posible que se dieran una Constitución. Y el equívoco estuvo en trance de repetirse en 1978. Los franceses, punto de lanza del moderno constitucionalismo europeo, nunca confundieron lo que Braudel llamó *L'Identité de la France* (París, 1986), especialmente atenta al espacio y otros factores físicos, con ninguna de sus veintitantas constituciones vigentes desde 1789 a la fecha. La inestable España va solamente por la decimoctava.

En el *demos,* por lo tanto, se trata de un orden puramente normativo, un «deber ser», determinado por valores universales o, al menos, con aspiración de universalidad, que, por ello, no es un orden concreto integrador e identificador, es decir un «ser».

De acuerdo con la segunda, el *ethnos,* la identidad se refiere a la realidad prepolítica de un cuerpo social determinado, de su historia, su composición y estructura, sus sentimientos y sus símbolos. Es decir un «ser». Esta realidad prepolítica, el *ethnos,* que no depende de una decisión constituyente ideal, como el *demos,* sino que hace posible tal decisión, es lo que la Constitución, como orden verdaderamente concreto, tiene que reflejar y que da sentido a sus

declaraciones dogmáticas y estabilidad a las instituciones reguladas en su parte orgánica.

La profesora napolitana Barbara Guastaferro, entre otros (26), ha estudiado la gestación del texto del citado Tratado de Lisboa y la interpretación jurisprudencial de dicha fórmula en las instituciones estatales y en el Tribunal de Justicia de la Unión. Este Tribunal frente a su anterior doctrina y siguiendo pautas del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, ha reconocido el creciente margen estatal de apreciación de lo que supone en cada caso la identidad nacional. Una identidad que según la sentencia del mismo Tribunal en el caso *Sayn-Wittgenstein* del 2010 se entiende determinada por la propia tradición histórica, no solamente jurídica sino cultural, de cada Estado, si bien en el caso solo se remonta hasta 1919. La emergencia del protagonismo de los estados miembros en la Unión ha señalado voz tan autorizada en estas lides como la de nuestra compañera la profesora Mangas (27).

Ha sido el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 30 de junio de 2009, (caso Lisboa) el que ha ido más lejos a la hora de concretar el contenido material de lo que ha de entenderse por identidad nacional recogiendo las fórmulas propuestas por los delegados alemanes en la Convención del 2004 y allí entonces rechazadas a instancias de la representación de la Comisión Europea.

En efecto, la identidad del Estado, su estatalidad, se concreta en funciones esenciales, infranqueables por parte de la Unión, «esencialmente las que tienen por objeto garantizar la integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la identidad nacional» (artículo 4.2 TUE). La jurisprudencia constitucional alemana, checa y polaca, por citar solo tres casos relevantes, han coincidido en señalar que la estatalidad supone «un ámbito suficiente para la ordenación política de las condiciones de vida, económicas, culturales y sociales... entre otros la ciudadanía estatal, el monopolio de la fuerza civil y militar, los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento, así como los supuestos de vulneración que son relevantes para la realización de los derechos fundamentales, en especial en caso de injerencias de gran intensidad tales como la privación de libertad en el ámbito del derecho penal o las medidas de internamiento. Entre dichos ámbitos materiales se encuentran también las cuestiones culturales como las decisiones sobre la lengua, la configuración de las relaciones familiares y educativas, la ordenación de la libertad de opinión, prensa y reunión o el tratamiento de las creencias religiosas o de las posiciones ideológicas» *(Lisboa*, *párrafo 149).* Lo mismo se transluce en las Sentencias de 6 de julio de 2010, 14 de enero y 30 de marzo de 2014, de manera que tales materias constituirían otros tantos contralímites ante la Unión.

¿Cómo se concreta constitucionalmente la identidad que justifica esa indeclinable reserva competencial?

Porque la identidad es fruto de la integración política, los factores que concurren a ella son lo que Rudolf Smend denominó factores de integración simbólicos, materiales y funcionales (28).

Entre los simbólicos son bien conocidos los heráldicos y dexvicológicos que precisamente cuando son nuevos o han sido discutidos se constitucionalizan. Baste pensar en la constitucionalización de la bandera en el vigente texto español, artículo 4, o en la Ley fundamental de Bonn, artículo 23. Es interesante destacar que, como ocurre en el caso alemán, al constitucionalizar una bandera se recurre a una vieja tradición de la que tal vez los propios constituyentes no fueron conscientes. La bandera de la República Federal es la de Weimar establecida en 1919, que a su vez recuperaba la que quiso constitucionalizar la Asamblea Nacional de 1848 en la Paulskirche, pero esta bandera que recurre como color significativo al oro lo que hace es recoger la herencia del viejo Imperio disuelto en 1806.

Ahora bien, a mi juicio son todavía más importantes los elementos institucionales, por ejemplo, el Senado, establecido en Polonia nada más emanciparse de la tutela soviética, en la «pequeña Constitución» de donde pasó a la definitiva como símbolo histórico de la identidad nacional.

Lo mismo y más aún puede decirse de la Jefatura de Estado al que se dedican otros dos ensayos recogidos en este volumen.

Entre los factores materiales puede señalarse la lengua, por ejemplo en la Constitución española, artículo 3, y las lenguas propias en diferentes estatutos autonómicos integrantes de nuestro bloque de constitucionalidad donde su condición de «propia» se afirma en atención a su índole identitaria.

Como he señalado en texto también recogido en este volumen la religión tiene un creciente relieve constitucional plenamente compatible con la secularización porque no responde a una confesión de fe sino a una afirmación identitaria.

Y el territorio es, a todas luces como elemento del Estado, un factor de su identidad cuya conservación decía Hans Morgenthau es su tarea primordial. El territorio tiene sin duda una base física, la tierra concreta en la que real o virtualmente se asienta una comunidad. Pero es algo más. El territorio no es *physis* sino *nomos.* El nomos de la tierra teorizado por Schmitt (29) y que se despliega en la ocupación, distribución y utilización de ese espacio por la comunidad.

En cualquier teoría del Estado, el territorio es un elemento fundamental del mismo, sea como objeto de un derecho real en la arcaica doctrina dominical, sea, superadas por la fuerza normativa de los hechos, en las diferentes versiones

de la teoría de la competencia, o como un factor esencial del proceso vital de integración en que el Estado constitucional consiste. En mi contribución al homenaje académico que se tributó a García Pelayo también recogido en este volumen, insistí largamente en esta interpretación y a ello ahora me remito.

En cuanto a los factores funcionales pueden distinguirse dos, los procesos democráticos, fundamentalmente las elecciones que cuando son libres y limpias con resultados nunca discutidos y por todos aceptados contribuyen decisivamente a la integración del cuerpo político. Y por las políticas de reconocimiento.

El reconocimiento de las identidades minoritarias por parte del Estado ha sido una de las más importantes novedades que la política y el derecho comparado ofrece desde los últimos decenios del siglo XX (30). Politólogos y juristas de muy diferentes orientaciones así lo subrayan. Basta para comprobarlo atender al renacer de un régimen de minorías que, al contrario del establecido en los tratados de paz de 1919, no es una creación del derecho internacional, sino, una reacción de las constituciones estatales ante la propia realidad multiétnica de cada país que, desde el derecho estatal se proyecta a la esfera internacional (baste pensar en los trabajos y convenciones del Consejo de Europa) y ello aún descartando de nuestra exposición aquellos casos en los que el reconocimiento ha llevado a una federalización, en sentido amplio, del Estado, como es el caso de Bélgica, Gran Bretaña o España. Estados unitarios como Holanda, Noruega, Polonia, Hungría, Croacia, Eslovaquia y Eslovenia, entre otros, han desarrollado, a través de su legislación y jurisprudencia, un interesante sistema, de reconocimiento y protección de minorías y Austria y Alemania yuxtaponen dicho sistema a su estructura federal clásica. En América y Asia el fenómeno es paralelo y en países como Canadá y Malasia, respectivamente, ha alcanzado un amplio y eficaz desarrollo.

Los miembros de nuevas minorías étnicas fruto de las recientes migraciones son protegidos e incluso promocionados sobre la base de la igualdad ciudadana. No pueden ser discriminados en razón de su identidad étnica o religiosa e incluso pueden ser promocionados para superar las desigualdades fácticas de origen. Pero no se tutela su identidad colectiva. Otro tanto puede decirse de los miembros de las «minorías transversales» o nuevos movimientos sociales por razón del género, la orientación sexual, etc. Por el contrario, existen ciertas minorías a las que se atribuyen derechos en función de su identidad como tales minorías y cuya finalidad no es la promoción para superar la diferencia sino la conservación y desarrollo de dicha diferencia que se estima valiosa en sí misma. La identidad como valor, la reconoce expresamente, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional austriaca desde 1981.

Los testimonios son múltiples. En algunos casos, como Noruega –con relación a los lapones– o en Eslovenia –con referencia a italianos, húngaros y gitanos– con relieve constitucional. En otros, mediante instrumentos internacionales –como es el caso del Tratado de Estado Austriaco–. En otros en fin, por obra del legislador que desarrolla los enunciados constitucionales, como es el caso de Holanda y Hungría. Siempre, mediante la doctrina decantada por los jueces, especialmente los constitucionales, allí donde existen.

¿Qué resulta del análisis de este conjunto normativo y jurisprudencial? No se estima igualmente valiosa toda identidad minoritaria, sino aquellas que se enraízan históricamente en la propia identidad global del Estado y en la medida en que lo hacen hasta llegar a ser «partes constitutivas» del mismo y, como tales, «participantes en el poder soberano del pueblo», según reza la Constitución húngara (art. 685). La jurisprudencia polaca que diferencia entre minorías nacionales, cuando su tronco se encuentra en otra nación más allá de las fronteras de la República, (v.gr. alemanes) y grupos étnicos (v.gr. silesianos) es paradigmática de esta singularidad del objeto del reconocimiento. A estas minorías, normalmente especificadas en la legislación «ad hoc» (v.gr. Eslovaquia) o, incluso en la Constitución (v. gr. Eslovenia), se les reconocen en medida diversa según su entidad, pero con notable generosidad, derechos culturales y aún políticos –desde la utilización de símbolos nacionales hasta el autogobierno, pasando por especiales derechos de representación–.

Se valora su enraizamiento temporal de larga duración (así especificado en las leyes austriaca y húngara de 1993) hasta poder ser calificada de inmemorial (así la jurisprudencia constitucional eslovena S23/3/2001). La larga presencia y su correspondiente imbricación en la sociedad global y no otra razón, explica, de esta manera, que una comunidad manifiestamente inmigrante y víctima de tantos prejuicios como los gitanos sea asimilada a las minorías autóctonas (v.gr. art. 65 Constitución eslovena). Al margen de su importancia demográfica o económica, como la Constitución eslovena establece expresamente. Por ello en Holanda se reconoce y apoya más a los frisones que al resto de los minorías lingüísticas y autóctonas y, a éstas más que a las no autóctonas o en Alemania se reconoce la minoría soraba y no los derechos colectivos de los mucho más numerosos inmigrantes turcos y otro tanto puede decirse de los diferentes estados mencionados cuya práctica es contundente al respecto.

Todos estos factores contribuyen a la identidad pero a su vez son calificados como tales por la voluntad colectiva del cuerpo político: su voluntad de ser. Se establece así una relación dialéctica entre los factores que la voluntad de ser califica de tales contribuyen y fundamentan esa voluntad.

De lo expuesto se deduce que la identidad del cuerpo político es un valor constitucional en alza. Así lo he intentado mostrar en esta ya larga intervención cuyo único mérito es desarrollarse al hilo de lo dicho por otros académicos de ayer y de hoy. La identidad pertenece al reino de lo simbólico y, como del símbolo decía Kant, la identidad pretende dar que ser y, por ello, da que pensar; y más aún, para cuidarla, como bien muy preciado, da mucho, pero mucho que hacer.

NOTAS

(1) *El origen del conocimiento moral*, traducción española de García Morente, Madrid, 1927.
(2) *Ortega: Obras completas*, Madrid (Taurus) 2005, III, pp. 531 y ss. y VII pp. 723 y ss.
(3) *La cuestión del valor,* Madrid (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), 2011.
(4) Morente: «Ensayo sobre el progreso» *Obras completas,* Barcelona (Antropos), 1996.
(5) Ortega: *Loc cit.* III, p. 542.
(6) Schimitt, Über des drei Arten des Rechtswissenchaftlichen Denkes, Hamburgo 1934.
(7) «El programa económico de la constitución nacional», Discurso de ingreso en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anales LXII, n.º 55, octubre 2017, cf. del mismo *Derecho Constitucional Económico,* 2.ª edición, Buenos Aires (Lexis nexis) 2006, p. 97 y ss. y p. 124 y ss.
(8) *Verfassungswesen* I, 2 trad. esp. W. Roces.
(9) *Escritos y fragmentos políticos,* Madrid (IEP 1974), II, p. 379 y ss.
(10) *El historicismo y su génesis,* trad. esp. México (FCE) 1936.
(11) Trad. esp. México (FCE) 1972, p. 224 y ss.
(12) Lucas Verdú, *Estimativa y política constitucionales,* Madrid, Universidad Complutense, 1984. Sobre la preexistencia y progresivo descubrimiento académico de las identidades, cf las referencias de P. Bon en «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica» *en Revista Española de Derecho Constitucional,* número 100 (2014), p. 167 y ss.
(13) Ver por ejemplo las contribucion*es a Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 62.
(14) Buena muestra de la actualidad de la cuestión es Gallies y Vander Schyff (e*ds). Constitutional identity in a Europe of multilevel constitutionalism.* Cambridge University Press de inminente aparición con una importante contribución española del profesor Martín Pérez Nanclares.
(15) *De la identidad nacional a la globalización insegura,* Madrid (Real Academia Ciencias Morales y Políticas), 2008. Cf. Ortega, *Obras Completas,* I, p. 87.
(16) *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita* (1784), trad. esp. Eugenio Imaz, México (FCE), 1941, principios Cuarto y Séptimo. Así lo reconoce el propio Schimtt en su texto *El concepto de lo político*.
(17) Cf. Polzin, «Constituional Identity: The Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law». *International Journal of Constitutional Law,* 14,2, abril 2016, p. 415 y ss.
(18) *Ibidem* p. 416, nota.
(19) Cf. Laulhe Shalou, «Nous les peuples: l'identité constitutionnelle dans les iurisprudence constitutionnelles tchèque, lettone et polonaise» Burgorgue-Larsen (*eds) L'identité constitionelle saisie pour les jujes en Europe* Paris (Pedone) 2011 y *Central European Constitutional Courts in Faces of EU Member*ships Leiden-Boston, (Nijhoff) 2013.
(20) *Les limites constitutionelles à la integration européenne*, Paris (LGDJ) 2015
(21) *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades nacionales*, Madrid (BOE) 2015.
(22) Rodríguez Iglesias, «Tribunales constitucionales y derecho comunitario» *Hacia un nuevo derecho internacional y europeo. Homenaje al profesor Díez de Velasco,* Madrid, 1993, p .1175 y ss. y mi ensayo «Desde el "mientras qué" al "sí salvo"» (La jurisprudencia constitucional ante el proceso europeo)», *Revista Española de Derecho Internac*ional LVII, 205, I, p. 89 y ss., y nota 19.

(23) Cf. Krishnaswany, *Democracy in India, a Study of Basic Structure Doctrine,* Nueva Delhi (Oxford University Press) 2008. Sobre la recepción de esta categoría cf Jacobsohn y Shankar «Constitutional Borrowing in South Asia: India, Sri Lanka and Secular Constitutional Identity» en Khalnani, Kaghavan y Thiruvengadan *Comparative Constitutionalism in Asia.* Delhi (Oxford University Press), 2016, p. 180 y ss.

(24) Cf., mi libro *Nacionalismo y constitucionalismo,* Madrid, Tecnos, 1971, p. 98.

(25) A partir de Lepsius en *Interessen und institutionen,* Opladen, 1990, p. 247 y ss., Stermberger «Verfassung patriotismus» *Schriften*, Francfort, 1990 y Habermas *Identidades nacionales y postnacionales,* trad. española, Madrid Technos, 1989, p. 94 y 112, véase mi crítica ante este concepto *en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* LIV (2001-2002), n.º 79, p. 251 ss.

(26) Cf., Guastaferro, «Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause», *Yearbook of European Law,* vol. 31, n.º 1 (2012), pp. 263-318.

(27) «Configuración del Estatuto Internacional del Estado en la Unión Europea: el respeto a la identidad nacional», Santiago Torres Bernárdez (ed), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez.* Madrid, 2013. pp. 449 y 456.

(28) Smend, *Constitución y derecho constitucional,* trad. esp. Madrid (CEPyC) 1985, pese a que hay prestigiosos autores que los consideran caducos (Bogdandy, *Revista española derecho constitucional,* n.º 72, p. 26, nota) creo tienen mayor eco en la conciencia ciudadana que la refracción hegeliana del legado helénico o la similitud de la bandera de la Unión con las 12 estrellas del Apocalipsis, 2,12. sic. *(ibíd.* p. 32 y ss.).

(29) «Apropiación, partición, apacentamiento» Traducción española de Truyol, *Boletín informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca,* 1955.

(30) He desarrollado más largamente este punto con relación a los Estados miembros del Consejo de Europa en mi colaboración al homenaje tributado al profesor Julio D. González Campos, *Pacis artes.* Madrid (UAM), 2005.

11. LAS FUNCIONES INTERCONSTITUCIONALES DEL JEFE DEL ESTADO PARLAMENTARIO

1. La esencia del parlamentarismo consiste en que el encargado del gobierno debe contar con la confianza de la Asamblea representativa y, en virtud de su decantación y evolución histórica, al gobierno parlamentario se superpone otra institución como órgano supremo del Estado: su jefatura. Ahora bien, la doctrina constitucionalista lleva un siglo preguntándose por la necesidad de tal institución y ha llegado a impugnarla sin que falten formas de parlamentarismo acéfalas de las que después daré muestras. Esto es, sin jefe del Estado. Tras las huellas de Kelsen (1), los alemanes Kimminisch (2) y Ehmke (3), entre otros, seguidos brillantemente en España por el Prof. de Sevilla Javier Pérez Royo (4), han planteado clara y rigurosamente la cuestión, para responderla en sentido negativo.

A su juicio, la Jefatura del Estado en la democracia parlamentaria es una reliquia de fases políticas ya superadas que solo por inercia o por circunstancias transitorias de oportunidad se conserva en numerosos países. Pero las funciones con que se ha tratado de justificarla, no resisten la crítica. Lo que desde Benjamin Constant se llamó «poder neutro», esto es, el juez de los otros poderes, es incompatible con el dogma democrático de la unicidad de la soberanía popular; su supuesta representación de la unidad del «demos», no responde al pluralismo de éste y desplaza la representatividad parlamentaria; su condición de órgano de representación internacional del Estado es un tanto secundaria y depende más bien del derecho internacional y solo por remisión de éste a las diferentes opciones constitucionales estatales. Más aun, las funciones típicas de la Jefatura del Estado, pueden distribuirse entre otras instituciones del mismo sin mengua de su eficacia y no faltan constituciones que sirvan de ejemplo: Tal es el caso del Instrumento de Gobierno sueco de 1974.

A ello se añade la muy extendida interpretación del parlamentarismo, según la cual, el sistema evoluciona necesaria y linealmente, desde fórmulas dualistas en las que el Jefe del Estado desempeña una función activa, a fórmulas monistas en las cuales lo único políticamente relevante es la relación entre la Asamblea y el Gobierno y la Jefatura del Estado se convierte en «un sillón vacío», cuya «racionalización» exige su supresión.

A mi entender, tan brillantes tesis olvidan extremos fundamentales, que desmienten la citada evolución y avalan la utilidad e incluso la necesidad del Jefe del Estado parlamentario. A mostrarlo se dirige el resto de mi ponencia.

La merecida autoridad de los tres autores citados, la relevancia de la cuestión y la altura de su argumentación, requiere, iniciar la mía con un cordial saludo de cortesía, especialmente dirigido al docto profesor sevillano. Y evitaré referencias a la génesis y evolución de la Jefatura del Estado en la vigente Constitución española, por cierto la única en Europa que califica de «parlamentaria» la monarquía. Ésta es una disertación académica, no un alegato político, sin que ello obste a que una política sensata debiera prestar atención a lo que digan los académicos.

2. Comenzaré examinando la evolución histórica del moderno parlamentarismo. Su esencia consiste, como antes dije, en que el encargado del gobierno, llámese como se llame, debe contar con la confianza de la Asamblea representativa y ser controlado por ésta. Eso y no otra cosa es el parlamentarismo. De ahí que surjan diferentes versiones «neo» de la instrumentación del principio parlamentario, si bien no me ocuparé de ellas en este ensayo (5). Y que, a la inversa, a la búsqueda de precedentes, no falten historiadores que, con razón, han visto un régimen parlamentario en las «libertades suecas», cuando, desde 1729, los cuatro estamentos elegían en la Dieta al Consejo que asistía al Rey (6) o en el gobierno revolucionario de la I.ª República Francesa por el Comité de Salud Pública, elegido y solo responsable ante la Convención Nacional (7). Incluso el docto Obispo Stubbs (8), calificó, en 1898, de preparlamentario el gobierno de los últimos Lancaster. El parlamentarismo se opone, así, radicalmente al presidencialismo o cualquier otra forma de desconexión entre el ejecutivo y el legislativo. Utilizando las categorías de Löwenstein (9), mientras el parlamentarismo imbrica órganos horizontales de control, el presidencialismo los separa y hace complementarios. Ello debiera ser tenido en cuenta por quienes exigen una rigurosa separación de poderes a la vez que alaban el sistema parlamentario.

Sabido es que el parlamentarismo surge, aquende tales precedentes, en el seno de la Monarquía, en Gran Bretaña primero, en el continente después, para

hacer compatible la autoridad del Rey hereditario con el gobierno representativo. En una primera fase, el parlamentarismo es dualista y el gobierno requiere, expresa o tácitamente, la doble confianza del Jefe del Estado y de la o las asambleas y el primero tiene el derecho de disolución de las segundas Es el parlamentarismo llamado «orleanista», porque, aun gestado en la Restauración francesa, se consolidó bajo la Monarquía de Julio (10).

Muchos años después, cuando, salvo en España donde el dualismo estuvo en vigor hasta 1931, ya el sistema basculaba desde el dualismo hacia el monismo, Redslob (11), en un libro famoso publicado en 1918, se hizo eco de las críticas formuladas en 1903 por Duguit (12) a la práctica constitucional de la III.ª República francesa y calificó al dualismo de parlamentarismo auténtico frente al «falso parlamentarismo» monista. Una vez más, la académica lechuza de Minerva volaba al son de Completas, pero fueron las tesis de Redslob las que inspiraron a Hugo Preuss al diseñar la Constitución alemana de Weimar que, como mostraré más adelante, inició la recuperación del parlamentarismo dualista.

El parlamentarismo monista, esto es, aquél en el que el gobierno depende principalmente de la confianza de la Asamblea y no de la confianza regia, se abre paso merced a la técnica del refrendo ministerial de los actos regios. Cualquiera que sea su origen, el refrendo ministerial se convierte en el instrumento para cubrir la irresponsabilidad política del Jefe del Estado, substituyéndola por la del ministro refrendante que responde políticamente ante la Cámara cuya confianza necesita para gobernar y, sabido es que poder y responsabilidad van unidos.

Las leyes constitucionales de la III.ª República Francesa de 1873-1877, establecieron un sistema «orleanista», en espera de una pronta restauración monárquica, pero, a la vez, lo hicieron de acuerdo con una versión *whig* del parlamentarismo británico entonces de moda (13) y abrieron la puerta a la primacía de la Asamblea Nacional sobre el Presidente de la República, fórmula que, como antes dije, el gran León Duguit criticó acerbamente como «falso parlamentarismo». La figura del Presidente de la República parlamentaria se esfumó progresivamente frente a la del gobierno responsable ante la Asamblea Nacional, la exigencia de refrendo ministerial debilitó el derecho presidencial de disolución y el veto suspensivo sobre las leyes. Y durante la I.ª G.M. y a la hora de la paz, la primacía del Presidente del Consejo, Clemenceau, sobre figura tan prestigiosa como Poincaré, Presidente de la República, mostró la debilidad de la Jefatura del Estado parlamentaria, como señaló en escritos autobiográficos el mismo Presidente (14).

La experiencia política francesa pesó en lo que Mirkine Guetzevitch denominó «*Las Constituciones de la Nueva Europa*» (15), posteriores a la I.ª G.M.

Así se puso de manifiesto en diferentes procesos constituyentes de las nuevas repúblicas de Europa Central y Oriental, iniciados por constituciones provisionales que establecen gobiernos de asamblea. La doctrina, a la luz de la estrella ascendente de Hans Kelsen, avaló la debilitación de la Jefatura del Estado e incluso su desaparición. Surgen así, con pretensiones de definitivas en los Länder alemanes, parlamentarismos sin Jefe del Estado (16) y en dos repúblicas bálticas, Estonia y, hasta cierto punto, también Letonia, parlamentarismos monistas en los que el Presidente de la República, efectivo dirigente del gobierno, es elegido por la Cámara y responsable ante ella (17).

El emergente constitucionalismo soviético que propugnaba la provisionalidad del Estado, sustituido por el autogobierno de los consejos, siguió la misma línea. A ello me referiré después con más detalle (18).

Donde se conserva un ejecutivo bicéfalo, con Jefe del Estado y Primer Ministro, se debilita al primero en favor del segundo. Así, la primera constitución austríaca, obra del propio Kelsen, rechazada la idea inicial de un sistema directorial análogo al helvético, estableció un régimen de asamblea, con un ejecutivo elegido y responsable ante ella, y un Presidente elegido cada cuatro años por la misma Asamblea e investido de potestades meramente honoríficas. En Polonia, la constitución de 1921 recortaba muy mucho las competencias de Jefe del Estado y otro tanto ocurrió en Lituania con la constitución de 1922 (19).

Tales sistemas no soportaron a partir del inicio de los años veinte lo que Keynes había anunciado como «Las consecuencias económicas de la paz», dobladas con la agudización de los conflictos nacionales fomentados por los tratados de Versalles y del Trianon. En pocas palabras, crisis, inestabilidad y temor a la expansión de la revolución soviética. A los regímenes de asamblea sucedió por doquier lo que Michel Dendias (20) denominó el fortalecimiento de los poderes del Jefe del Estado, no del Gobierno, en las democracias parlamentarias.

Así, en Checoeslovaquia que, por influencia kelseniana, había contemplado en 1919 un proyecto constitucional inspirado en el modelo suizo, esto es un gobierno directorial elegido y responsable ante la asamblea, sucedió, ya en 1920, una constitución con un ejecutivo bicéfalo directamente inspirado en la III.ª República Francesa, pero donde se reforzaba la Jefatura del Estado, cuya influencia no dejó de crecer (21). Y el modelo alemán de Weimar de 1919, cuyo autor Hugo Preuss, siguiendo las tesis del citado Redslob sobre el auténtico parlamentarismo, había equilibrado la Dieta con un presidente elegido directamente por el pueblo e investido con importantes competencias como el nombramiento del gobierno, la disolución de la Asamblea, la convocatoria del referéndum y la legislación de urgencia, inspiró la nueva constitución lituana

de 1928 y, muy especialmente, la reforma austríaca de 1929. Incluso la Constitución española de 1931, cuyos críticos señalaron la debilidad de la Jefatura del Estado ante las Cortes, configuró una presidencia de la República dotada de poder propio, fundamentalmente y por clara influencia de Weimar, el nombramiento del presidente del Gobierno (22).

Al hilo de esta evolución constitucional se fue decantando la autonomía institucional de la Jefatura del Estado frente al Gobierno y viceversa. Lo primero supone la exclusión de los poderes propios del Jefe del Estado de la exigencia del refrendo ministerial y lo segundo se concreta en la atribución al Gobierno de potestades ejecutivas, ajenas formal y substancialmente a la intervención del Jefe del Estado. Más adelante insistiré y aclararé este extremo.

Semejante movimiento pendular en favor de la Jefatura del Estado llegó al límite del abandono del parlamentarismo. Las reforma constitucional polaca de 1926, fruto del denominado «pilduskismo», condujo al sistema cuasi autoritario consagrado en la constitución ultrapresidencial de 1935 y la austriaca de 1934 previó un sistema autoritario y corporativo inspirado, en el fascismo italiano (leyes de 1925 a 1939), a su vez, inspirador de la Constitución portuguesa de 1933, centrada en los poderes del Presidente de la República, si bien dirigida en la práctica por el Jefe del Gobierno responsable solamente ante aquel (23).

Como, al examinar el constitucionalismo de su época, puso de relieve el comparatista Ezequiel Gordon (24), las monarquías parlamentarias siguieron la misma tónica. Ya de hecho, al volver o mejor acentuar en la práctica, al parlamentarismo dualista, por ejemplo en Rumanía bajo la constitución de 1926, ya de derecho, con fórmulas constitucionales autoritarias, Así, en 1929, el golpe de estado regio impuso la dictadura en Yugoslavia; años después se proclama la constitución autoritaria de 1938 en Rumanía que establece una «diarquía» entre el Monarca y el Jefe del Gobierno. Allí, como el Duce en Italia, el Conducatur Antonescu marginó al Jefe del Estado, Carlos II, si bien ambos dictadores fueron depuestos en su momento por el Rey, para evitar lo peor de la derrota militar. Por las mismas fechas, en España, el General Primo de Rivera hizo elaborar un proyecto constitucional que, frente al parlamentarismo dualista decantado bajo la Constitución de 1876, reforzaba el ejecutivo basado en la sola confianza regia (25).

El fracaso de los excesos de parlamentarización condujo a lo que Barthélemy, calificó como «crisis del parlamentarismo» y la excesiva racionalización del poder que pretendía sustituir la política por el derecho procesal, abrió la puerta a lo que, en famoso título, Paul Barres había denominado «la entronización del guerrero» *(L'appel au soldat)*.

Tras la II.ª G.M., dos experiencias paralelas y contradictorias que marcaron el fin de una época, determinaron la reconfiguración constitucional de la Jefatura del Estado. Por una parte, la experiencia francesa de 1940 que mostró las carencias del poder presidencial de la III.ª Republica; por otro lado, la crisis del sistema de Weimar en 1933, por la interpretación ultrapresidencial que a su práctica dieran Hindenburg y sus acólitos. Ambas contribuyeron a radicalizar los planteamientos democráticos en la inmediata postguerra, pero ambas mostraron que la defensa de la constitución democrática no podía quedar en manos de solo el Parlamento.

En el campo de la Resistencia francesa abundaron los proyectos en tal sentido, que habían de cristalizar en el discurso gaullista de Bayeux (1946), antecedente doctrinal de la constitución francesa de 1958. Pero la IV.ª República se organizó en sentido contrario sobre la radicalización del principio parlamentario. La constitución de 1946 fue un fruto tardío y extemporáneo de la época anterior y, abocada desde su nacimiento al fracaso, sirvió de vacuna a las siguientes experiencias constitucionales europeas.

Así, el mal recuerdo de Weimar, llevó en la nueva República Federal alemana a la reacción proparlamentaria y procancilleral de la Ley Fundamental de Bonn. Pero tanto ésta como, sobre todo, la constitución italiana, de 1948, reconocen la importancia funcional de la Jefatura del Estado.

Ello es evidente en los debates de la constituyente italiana de 1947 que decanta la noción de poderes propios del Presidente de la República, reconoce lo que en los mismos debates y en su exégesis doctrinal se denominó expresamente la «prerrogativa presidencial» y ello da lugar a la ambigua configuración y más ambigua interpretación del refrendo en el artículo 89 del texto definitivo. Una ambigüedad que se ha ido disipando mediante la progresiva expansión de las competencias presidenciales por mutación constitucional (26).

Por su parte, la Ley Fundamental alemana, aunque limita muy mucho las competencias presidenciales con relación al texto de 1919, se hace eco de la polémica doctrinal abierta en la década anterior. Por ello, excluye del refrendo ministerial las competencias presidenciales que considera eminentemente arbitrales (art. 58 GG) y, de acuerdo con un principio general del derecho germánico, abre el paso a un fortalecimiento del derecho de examen del Presidente antes de formalizar una serie de actos de Estado. Desde el nombramiento de altos funcionarios, hasta la promulgación de las leyes, pasando por la ratificación de Tratados Internacionales y los decretos gubernamentales. Pero, además, una cuidadosa interpretación de los artículos 63,3, 67, 68 y 81 GG pudiera dar lugar a la hipótesis de un gobierno dotado de competencias legislativas, fundado en la sola confianza del Presidente Federal (27).

Es en esta circunstancia, cuando, hasta el propio Mirkine Guetzevitch (28) está de vuelta de ingenuidades pacifistas y racionalizadoras, en la que la V.ª República Francesa de 1958 abre nuevas vías al constitucionalismo. Sabido es que la Constitución ultraparlamentaria de 1946, si bien no impidió el desarrollo económico y social de Francia y la consolidación de una administración que, como en tiempos de Tocqueville, Europa sigue envidiando, dio paso a una inestabilidad política, todavía mayor que la característica de las postrimerías de la III.ª República, incapaz de gestionar la política exterior y, en especial, los problemas de la descolonización. El General De Gaulle, investido de la legitimidad carismática del 18 de Junio de 1940, asumió el poder y elaboró una nueva constitución, la de 1958, donde es evidente la herencia de Weimar y que está en la génesis de lo que se ha denominado semipresidencialismo (29).

Se entiende por tal aquel sistema que mantiene el régimen parlamentario, como atrás lo definí, la responsabilidad política del gobierno ante la Cámara, junto con una Jefatura del Estado, ajena a las Cámaras parlamentarias e investida de efectivas competencias propias de finalidad moderadora y arbitral. Tal es el sistema hoy vigente, además de la V.ª República Francesa, en otros muchos Estados: Finlandia (1997, desde 1919), Austria (1926), Irlanda (1937), Islandia (1947), Portugal (1974) y Grecia (1975). Las nuevas repúblicas democráticas de Europa central y oriental también han establecido, a partir de 1991, regímenes neopresidenciales, en Polonia, Croacia, Rumanía, Bulgaria, Serbia, Eslovenia, Eslovaquia y Lituania.

Maurice Duverger, inventor de tan afortunado término (30), consideró fundamental característica del semipresidencialismo la elección del Jefe del Estado por sufragio universal directo. Las abundantes críticas a tan simplista caracterización, insisten en tres extremos importantes (31).

Por un lado, la legitimación del Jefe del Estado por el sufragio directo no es exclusiva ni excluyente y con ella pueden concurrir otras fuentes de legitimación capaces de sumar o restar a la posición del presidente. Pendiente también, y en ello consiste el segundo extremo olvidado por Duverger, de la cambiante situación del escenario político y de la tradición político-constitucional de cada Estado. No es lo mismo que el Presidente, elegido por sufragio universal directo sea heredero del Emperador Alemán, como ocurría en la Constitución de Weimar, que del lejano Rey de Dinamarca, como es el caso de Islandia. Y, por último, aun aceptando la caracterización de Duverger, las competencias presidenciales pueden ser muy variadas, como muestran los casos extremos de Francia e Irlanda y de ahí que el propio autor deba distinguir entre semipresidencialismos de práctica parlamentaria y de práctica semipresidencial (32).

A mi juicio, en un orden racional-normativo como el que es propio de los Estados constitucionales a los que este ensayo se refiere, la legitimación de las instituciones tiene su base en la propia Constitución y no en la dinámica popular. El «pueblo» legitimó la Constitución, pero ésta y solo ésta, mientras está vigente, es la que atribuye y distribuye las competencias en las instituciones que crea o relegitima. Por eso, el Rey, igual que un Presidente, se legitima no por su origen histórico o electivo, sino por la propia normatividad de la constitución. Lo otro corresponde a lo que M. Fioravanti (33) denomina «modelo constitucional radical», lejano al que ha regido y rige en occidente.

En consecuencia, lo decisivo en el semipresidencialismo no es la elección popular del Jefe del Estado, sino sus poderes propios (34). Esto es, aquellos que se le atribuyen, no solo formal sino efectivamente y que en consecuencia llegan a ejercerse sin refrendo del gobierno parlamentario o haciendo de éste una institución prácticamente auxiliar de la Presidencia y del refrendo, no un instrumento de control, sino de garantía de cumplimiento. Grecia desde 1975 y, desde 1991 la República Checa y las repúblicas bálticas atribuyen importantes poderes propios al Presidente sin perjuicio de su elección parlamentaria.

Como señalaron los trabajos preparatorios de la vigente constitución croata de 1990 (35), el semipresidencialismo tiene mucho de retorno al «parlamentarismo dualista» –la citada constitución croata estable expresamente la exigencia de doble confianza presidencial y parlamentaria del Gobierno (art 111)– que Redslob calificara de «auténtico» y en su evolución cabe señalar tendencias ya incoadas en tales precedentes.

Por una parte, el semipresidencialismo supone un equilibrio dinámico y así el francés ha evolucionado convencionalmente en sentido presidencial (36) y el portugués en sentido parlamentario poniendo freno, desde la reforma constitucional de 1982, al ultrapresidencialismo hacia el que había derivado la práctica constitucional, sin que en ningún caso se haya renunciado, antes al contrario, a la autonomía institucional ni del Presidente ni del gobierno parlamentariamente responsable, cuyas competencias se reconocen expresamente (37).

Por otro lado, si las primeras constituciones semipresidenciales fortalecen en exceso las competencias del Jefe del Estado, las posteriores constituciones revelan una reacción proparlamentaria. Así lo muestra la comparación de los textos fineses de 1919, con la reforma de 1992 y el nuevo texto de 1997. Y las constituciones de los más pequeños Estados, como Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, a más de la revisión portuguesa de 1982 antes citada. En Rumania, la constitución de 1991 se califica por la doctrina como cuasi-semi-presidencial y la serbia del 2002 es claramente parlamentaria (38).

Esta tendencia en pro de las competencias parlamentarias se extiende más allá de las relaciones con la Jefatura del Estado y, por ello, no cabe examinarla aquí. Uno de los grandes dilemas que se presentan a la democracia de nuestros días radica en cómo mantener la estabilidad de un ejecutivo disciplinadamente apoyado por la mayoría de una asamblea representativa y, a la vez, garantizar el eficaz control de ésta y de sus representados sobre aquél. Lo que en la I.ª postguerra se denominó parlamentarismo racionalizado, procuró lo segundo; con el mismo nombre, la Constitución francesa de 1958 y los sistemas que siguieron su ejemplo, buscaron lo primero. Hoy se vuelve por los fueros de las asambleas, frente al peligro de un hipertrófico e incontrolado ejecutivo democrático. La *Fixed-term Parliaments Act 1911* británica, fue la más reciente, avanzada y significativa muestra de ello. Pero, incluso en esta, el legislador que quiere limitar los poderes del Primer Ministro, se muestra extremadamente prudente a la hora de erosionar los poderes regios de prerrogativa (vd. sec. 6,1 de dicha ley). Una vez más, se muestra que la Jefatura del Estado no es el ejecutivo; es algo distinto y superior.

La búsqueda del equilibrio entre lo que Duverger llama las versiones proparlamentarias y propresidenciales del semipresidencialismo tiene su mejor exponente en la participación de la Jefatura del Estado en la designación del Gobierno. Desde el inicio del fortalecimiento de aquella en el texto de Weimar, quedó claro que las principales competencias presidenciales eran, junto con el derecho de disolución y, en su caso, la convocatoria de un referéndum y el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad ante la jurisdicción ad hoc, la designación del Canciller y, a través de él del Gobierno todo, frente a la fórmula, atrás expuesta, de su elección por la asamblea. El lógico temor a que una sucesión de gobiernos presidenciales eliminaran de hecho el régimen parlamentario, como ocurrió en los últimos años de la República de Weimar, llevó a los constituyentes alemanes de 1948 a idear un sistema mixto (art. 63 GG). El Presidente Federal designa un candidato a la Cancillería que la Dieta elige por la mayoría absoluta, sin debate. Si no se reúne dicha mayoría ni, la Dieta elige otro Canciller, ni, días después, se obtiene una mayoría simple, el Presidente disuelve el Parlamento o nombra al más votado.

La fórmula trata de compaginar la primacía de la opción de la Dieta con una iniciativa formal del Jefe del Estado y con una intervención arbitral del mismo en caso de bloqueo parlamentario. Dicha fórmula ha tenido influencia en las constituciones nuevas y reformadas, tanto monárquicas como republicanas. Entre las primeras tal es el caso de la española de 1978 (art. 99, 3, 4 y 5) alargando excesivamente los plazos y eliminando la competencia regía de desbloqueo, y

de la reforma belga de 1993. Entre las segundas, las de Grecia de 1975 (art. 36), de Eslovenia de 1991 (art. 111) y de Finlandia de 1997 (art. 61).

3. Esta breve reseña del derecho y la práctica constitucional comparada nos permite trazar un cuadro bastante completo y fiel de las posibles competencias de un Jefe del Estado parlamentario, sea monárquico o republicano.

Partamos para ello de las categorías acuñadas por un ilustre constitucionalista italiano, Esposito (39), que, siguiendo la definición kelseniana de la Jefatura del Estado como uno de los órganos supremos del mismo, esto es, sin superior, distingue tres tipos de supremacía: la de posición, la de mando y la de tutela.

3.1. La supremacía de posición atribuye al Jefe del Estado la primacía entre todas sus instituciones y en la sociedad que les da vida, con independencia de las competencias que cada Constitución le atribuya y que la costumbre y el protocolo se encargarán de subrayar. Que el primero en Francia sea el primero de los franceses, dijo Rene Coty, como eco de la Roma de Augusto, refiriéndose a De Gaulle. Pasando desde tan elocuente anécdota a la categoría, que el primer magistrado sea también el primer ciudadano. Y esta primacía institucional y social sirve para hacer de la Jefatura del Estado lo que Smend (40), denominó un factor de integración política, en un doble sentido.

Por un lado y en función de las cualidades personales del titular de la magistratura, un factor personal de integración que actualiza formas más afectivas que racionales de legitimidad, ya tradicional (Isabel II en el Reino Unido, Aki Ito en el Japón), ya carismática (Mannerheim en Finlandia, De Gaulle en Francia). Una integración simbólica que la experiencia comparada demuestra, las ceremonias y el ornato resaltan y fortalecen.

Cuando el Jefe del Estado tiene solo funciones simbólicas y de mera representación y formalización de actos procedentes de la voluntad de terceros, conserva esta supremacía de posición y, aun careciendo de toda competencia jurídica es una magistratura reverenciada e influyente. Tal es el caso del Emperador del Japón según la vigente Constitución de 1946 y del Rey de Suecia según al Instrumento de Gobierno de 1974 (41). La comparación con Presidentes de República en situación semejante, incluso elegidos por sufragio directo, v. gr., el Presidente irlandés, muestra que el Monarca hereditario garantiza mejor que el electivo la supremacía de posición. Los juristas y politólogos británicos consideran que es la experiencia acumulada a través de un largo reinado lo que fundamenta la influencia del monarca sobre el gobierno parlamentario de turno (42).

La Jefatura del Estado simboliza la identidad del Estado como tal Estado y no se requiere ser hegeliano confeso para reconocer en el Estado algo más

allá de un mero organismo administrativo. Como decía el citado Smend, algo que trasciende la producción de leyes, tratados, sentencias y actos administrativos Más allá de las competencias jurídicas y del relieve político de la institución, significa, en un plano siempre ambiguo, pero innegable, la soberanía e infungibilidad del mismo Estado. De ahí que la Convención de Viena de 1969, sin perjuicio de remitirse a las Constituciones estatales, le presuma la condición de órgano central de representación internacional. Así resulta de la mayoría de las definiciones constitucionales de tal magistratura, tanto monárquicas como republicanas.

El realismo de tal definición lo prueba el que, cuando se quiere negar la condición estatal de una organización política, se elimina la Jefatura del Estado. Así ocurrió en los Países alemanes (Länder) en 1919 y en 1948 al configurarlos sin Presidencia y otro tanto ocurrió en 1958 con los miembros de la Communauté francesa organizada por la V.ª República, con la excepción de Madagascar que nunca perdió la memoria de su estatalidad precolonial. Tal fue, también, el caso del constitucionalismo soviético y filosoviético doctrinalmente orientados hacia la extinción del Estado y el gobierno colegial. En la URSS desde 1917 y, tras un breve periodo de transición hasta la consolidación del sistema (Hungría desde 1946 a 1949, Polonia desde 1947 a 1952 y RDA 1949 a 1960) en todas las Repúblicas Populares, salvo en Checoeslovaquia que conservó la institución desde la primera de sus constituciones socialistas en 1948 hasta la de 1968 (43).

A la inversa, cuando los miembros de la Communauté acceden a la independencia en los años de 1959-1960, reforman sus instituciones para establecer Presidencias de la República y las Repúblicas Populares en vías de emancipación se apresuraron, aun bajo la férula soviética, a restablecer sus Jefaturas de Estado. Primero en Yugoslavia desde 1953 que, bajo Tito, pronto comenzó su vía alternativa; después en la Rumanía de Ceaucescu desde 1974; al final, en Polonia como símbolo de la restauración nacional, desde la reforma pactada de 1989, después incorporada a la «Pequeña Constitución de 1992» de donde pasa a la vigente de 1997. En la estirpe constitucional británica, el Irish Free State, once años antes de convertirse en República en 1948, quiso afirmar su condición de Estado soberano. Para ello, en la Constitución de 1937 sustituyó en la Jefatura del Estado al Gobernador General, representante del Monarca británico, por un Presidente de Irlanda. Paralelamente, la estatalidad de los antiguos Dominions va de la mano con la divisibilidad de la Corona, expresada, a partir de 1953, en los títulos regios (44).

El poder identificatorio de la Jefatura del Estado es tan grande que, incluso su forma, monárquica o republicana, tiene su trascendencia cómo expresión de estatalidad. La Monarquía en Canadá, frente al poderoso vecino del Sur, y

la República en la India, que una vez independiente no podía tener un Jefe de Estado extranjero, son buenos ejemplos de ello (45).

Símbolo de la identidad estatal, es lógico que el Jefe del Estado se esfuerce en aparecer como paradigma ético y estético del cuerpo político. No se trata de convertirlo en museo viviente de las tradiciones, antes bien, debe representar los valores vigentes en la sociedad de su tiempo, sin confundir la vigencia con la moda del instante y fomentando la solidaridad sentimental intergeneracional, base de la continuidad del Estado que su Jefatura expresa y garantiza, según afirman los textos constitucionales.

3.2. La supremacía de mando se atribuye al Jefe del Estado parlamentario cuando éste es parte del poder ejecutivo. Tal es el caso del clásico ejecutivo bicéfalo en el que el gobierno se encomienda a un Jefe del Estado, Rey o Presidente, asistido por un gobierno colegiado, sea éste el clásico Gabinete o haya evolucionado hacia una forma cancilleral, siempre responsable ante la Asamblea y controlado por ella. Fórmula paulatinamente superada a partir del texto italiano de 1948, mediante la progresiva autonomía de las dos instituciones, Gobierno y Jefatura del Estado, haciendo de ésta una magistratura supraejecutiva.

Como ya señalé más atrás, la institución del refrendo ministerial de los actos del Jefe del Estado ha tendido a trasladar de hecho las competencias de la Jefatura del Estado al gobierno parlamentariamente responsable. Pero la mera titularidad formal de la supremacía de mando tiene tres consecuencias de gran importancia.

En primer lugar, a esa supremacía formal de mando, por parte muy significativa de la más autorizada doctrina se vincula la condición de «magistrado para la crisis», esto es, defensor político de la Constitución cuando fallan las restantes instituciones del Estado, sin que proceda ahora examinar las diversas construcciones doctrinales al efecto (46).

De otra parte, el refrendo se entiende por doquier, salvo por la ucrónica doctrina española, como acto complejo en el que concurren la voluntad del refrendante con la del refrendado (47). Ello exige la colaboración del Monarca o Presidente en la formalización de aquellos actos que, aun siendo gubernamentales, como el poder reglamentario o el nombramiento de altos funcionarios, se formalizan por un acto del Jefe del Estado que nadie puede suplir.

En fin, esta intervención del Jefatura del Estado, aun formal, exige que ésta sea informada de lo que se le somete y pueda y deba examinarlo. Las famosas «cajas rojas» que diariamente el Gabinete británico hace llegar a la Reina con documentación e información para su despacho es la expresión plástica de ese deber de información. Un deber de información que subsiste incluso en aquellas constituciones que niegan al Jefe del Estado monárquico, toda com-

petencia gubernamental (v. gr., Suecia 1974, IG 5,1). Es ahí donde cabe ejercer más intensamente la función moderadora del Jefe del Estado parlamentario, de advertir y animar. Si el deber gubernamental de información al Jefe del Estado se convierte en un mero trámite formal, la función moderadora se esfuma.

Ello ha dado lugar a que, en paralelo a la atribución al Jefe del Estado de competencias propias, incluso exentas del refrendo ministerial, se atribuyan al gobierno, y concretamente a su Presidente o Primer Ministro, competencias ajenas a la formalización por parte del Jefe del Estado. En ello radica la autonomía institucional de ambas magistraturas.

Además, es de notar que la mayoría de las constituciones parlamentarias atribuyen el Jefe del Estado la Jefatura de las fuerzas armadas y una especial intervención en la acción exterior del Estado, tendencia que se refuerza en los sistemas semipresidenciales, hasta constituir, en algunos de ellos, dominios reservados al Monarca o Presidente. Hacen excepción los casos de Japón y la Republica Federal donde la experiencia de Weimar lleva a atribuir el mando de las Fuerzas Amadas al Ministro de Defensa (art. 65a/ GG) y en caso de estado de defensa (cf. art.115 a/ GG) al Canciller (art. 115b/ GG).

La tradicional orientación de los Jefes del Estado, especialmente los príncipes, pero también los Presidentes de la República, al cultivo de la diplomacia al más alto nivel, fundamental en las relaciones internacionales hasta la I.ª GM, se mantiene después, como hábito, por doquiera exista un ejecutivo bicéfalo Su utilidad en la época de la diplomacia directa, es grande. Pero son numerosas las constituciones que prevén expresamente el deber gubernamental de informar al Jefe del Estado de las negociaciones internacionales, su protagonismo en el derecho de legación e, incluso, su coparticipación en el ejercicio del poder exterior del Estado.

En cuanto al mando militar que suele reconocerse al Jefe del Estado parlamentario y semipresidencial, sin perjuicio de su posible delegación en un Comandante en Jefe para la guerra, ha evolucionado, más por razones técnicas que políticas, desde el mando operativo, ejercido todavía en la II.ª G.M. por los Reyes de Noruega y Bélgica, hacia un mando eminente.

Ese mando eminente va más allá de lo simbólico. Significa la despolitización de las Fuerzas Armadas y su condición de institución estatal y se concreta en situar al Jefe del Estado a la cabeza de la jerarquía militar (48), su presidencia y activa participación en los organismos superiores de la defensa nacional, y en su especial atención a la mejor dotación y organización de los ejércitos. La autonomía institucional del gobierno responsable para dirigir la política de defensa y la administración militar no puede llevarle a prescindir de estas competencias del Jefe del Estado y la práctica comparada muestra su posible y eficaz articula-

ción. La crisis francesa que puso fin a la IV.ª República en 1958 mostró la eficacia de esta posición del Jefe del Estado cuando el Presidente Coty invocó, frente a los militares sublevados, su título, nada más que título, no ejercicio, de Jefe de las Fuerzas Armadas que la constitución de 1946 le atribuía. En caso de suprema crisis constitucional el Jefe del Estado como cabeza de las Fuerzas Armadas está habilitado e incluso en virtud de su juramento obligado a utilizarlas en defensa del propio orden constitucional (infra nota 69).

3.3. La tutela institucional corresponde al Jefe del Estado como Defensor de la constitución.

Fue Carl Schmitt quien, en 1929 (49), acuñó el concepto con relación al Presidente del Reich, iniciando una famosa polémica con Hans Kelsen sobre la defensa política o jurídica de la Constitución que no vamos a abordar aquí. Pero el concepto tuvo una proyección doctrinal menos dramática que la diseñada por su inventor. Mientras Schmitt construyó su concepto sobre el supuesto de la dictadura presidencial, así rezaba su famoso título de 1924 (50), en virtud de los poderes de excepción previstos en el artículo 48 del texto de Weimar, autores de filiación francesa buscaron su fundamentación en las funciones de autentificación y formalización de los actos de Estado que normalmente corresponden al Monarca o Presidente.

En efecto, por limitadas que sean sus competencias les corresponde la formalización de una serie de actos cuyo origen e incluso cuyo contenido está en la voluntad de terceros, sean éstos las Cámaras o los Ministros. Pues bien, su consideración como defensor de la Constitución da un contenido substantivo a estas atribuciones formales que dejan de ser meros actos debidos como «si de estampar un sello se tratase», para utilizar una expresión famosa. Si el Jefe del Estado ejerce una función análoga a la notarial, es lógico reconocerle, como es propio del notariado latino, la conformación jurídica de lo que el tercero, Gobierno o Asamblea, que solicita su preceptiva intervención propone. Así lo entendió la más autorizada doctrina con la siguiente argumentación (51).

La Constitución puede ser violada por dos tipos de actos jurídicos. Aquéllos que se producen sin los requisitos constitucionalmente exigidos –ya sea la autoría, ya la competencia, ya el procedimiento– y aquéllos que violan el orden material de valores inherente a la Constitución. Sirvan de ejemplo los supuestos de una ley no debidamente votada por las Cámaras parlamentarias o una disolución de las mismas cuando por haberse declarado el estado de sitio lo prohíba la Constitución o un Decreto Ley que afectase gravemente a los derechos fundamentales.

El Jefe del Estado, monárquico o republicano, al tomar posesión de su cargo, jura lealtad a la Constitución y, por lo tanto, cuando menos, no puede

dar forma, sea expresando, sea dando fe de su constitucionalidad, a actos inconstitucionales. La no intervención del Rey impediría su consumación. La facultad de impedir sería una eficaz técnica de defensa de la Constitución.

No se trata en tales casos del veto suspensivo o incluso absoluto que muchas constituciones otorgan al Rey o Presidente como vieja herencia del constitucionalismo doctrinario (52), sino de una consecuencia de su obligación de cumplir la Constitución que lógicamente le impide colaborar a su violación. Cuando se ha suprimido en el más reciente derecho penal la eximente de obediencia debida si se trata de los delitos contra la Constitución, sería absurdo exigir del Jefe del Estado colaborar activamente a su expreso quebrantamiento. El Jefe del Estado en tal caso no sigue un criterio político sino estrictamente jurídico. La alternativa más depurada, adoptada, entre otras, por las vigentes constituciones de Francia, la República Checa y Finlandia, consiste en atribuir en tales casos un reenvío de la cuestión por parte del Jefe del Estado ante la correspondiente jurisdicción constitucional. Un reenvío que, para ser efectivo, ha de tener efectos suspensivos en tanto no resuelva la dicha jurisdicción.

Y aparte de esta defensa jurídica de la Constitución, compete al Jefe del Estado, monárquico o republicano, en virtud de su juramento, un deber de defensa política. Una defensa política que en circunstancias normales se proyecta en el ejercicio de sus competencias de manera que sirvan al buen funcionamiento de las instituciones constitucionales.

a) Tales son los supuestos en los que los constitucionalistas británicos invocan el ejercicio de la prerrogativa regia, o*n Her own deliberated judgement*. Fórmula que merece un breve comentario.

Sabido es que en virtud de las convenciones constitucionales establecidas a lo largo del siglo XIX, el Monarca británico ha de actuar, en todo caso, de acuerdo con el consejo (*advice*) de los ministros responsables ante los Comunes. En consecuencia, de acuerdo con la versión vulgarizadora del constitucionalismo inglés que diera W. Bagehot (53), el Rey tan solo podía «advertir animar y ser consultado» y, en consecuencia, «ser informado» por el Gobierno, pero estaba inhabilitado para cualquier actividad política autónoma.

Sin embargo, los más acreditados constitucionalistas británicos siguieron otro camino, al rescatar el concepto de prerrogativa regia, definida como «los poderes remanentes en el Rey sujetos a las leyes que haya aprobado el Parlamento en virtud de su supremacía». Poderes concretados en la designación y remoción del Primer Ministro, en la posible negación de la sanción regia a una ley votada en el Parlamento y en la discrecionalidad de la disolución del Parlamento y que siguen vivos y son utilizables para garantizar en

casos de crisis, más o menos graves, el funcionamiento democrático del sistema. Esto es, el gobierno de acuerdo con la voluntad del verdadero soberano, el pueblo.

Tal fue la tesis defendida por acreditados constitucionalistas de cuatro generaciones hasta el presente. Amson (54) a fines del XIX, Sir Ivor Jennings (55) en la década de los cincuenta, Sir Vernon Bogdanor (56), en la de los ochenta y Rodney Brazier (57) de cara al siglo XXI. Los estudios realizados a la sombra del Partido Laborista para eliminar toda discrecionalidad en el ejercicio de la Prerrogativa y alentados desde la misma Corte para descargar de trabajo a la Reina –olvidando el proverbio de que vivir no es necesario, pero reinar sí lo es– culminaron en la *New Agenda for Democracy. Labour'Proposal for constitutional Reform* de 1993 (58) cuyas propuestas, descartadas en la Plataforma electoral laborista de 1997, nunca se llevaron a cabo, pero reconocieron la existencia de dichos poderes de prerrogativa.

Ha sido la *Fixed-term Parliament Act 2011* la que, en apariencia, ha eliminado la prerrogativa de disolución y convocatoria del Parlamento, no las otras dos (59). Sin embargo, la más autorizada doctrina considera que dicha ley no ha cancelado tal competencia regia, sino que la ha dejado en suspenso, pudiendo reactivarse en supuestos de crisis y restablecerse en el caso, no improbable, en que dicha ley del 2011 fuera derogada.

La difusión del constitucionalismo británico (60), a través del Imperio primero, y de la Commonwealth después, y la recepción y racionalización de sus convenciones, incluso en las Repúblicas parlamentarias, como es el caso de la India, ha permitido avalar prácticamente tal interpretación. Los antiguos poderes de prerrogativa se ejercen por el Jefe del Estado, Gobernador General o Presidente según los casos, no de acuerdo con el consejo (*advice*) ministerial, sino según su propio y meditado criterio (61).

b) Lo dicho abre la vía a la consideración de los actos del Jefe del Estado que Vedel denominó interconsitucionales, porque el fiel cumplimiento de la Constitución que su juramento exige del Jefe del Estado supone que las competencias que formalmente se le atribuyen se ejerzan de manera que las instituciones funcionen normalmente y, cuando su funcionamiento se interrumpa, la normalidad sea restablecida.

La Constitución francesa de 1958 prevé las medidas de excepción (art. 58) y la fórmula ha sido seguida por muchas constituciones parlamentarias.

Los sistemas semipresidenciales, cuyo paradigma es la V.ª República Francesa, han racionalizado, esto es, han convertido en derecho estricto tales interpretaciones y, como antes dije, han hecho de los actos interconstitucionales competencias propias, como tales exentas de refrendo del Jefe del Estado.

c) Esta vía de fortalecimiento de la Jefatura del Estado puede detectarse también en sistemas netamente parlamentarios tanto republicanos como monárquicos. Sirvan de ejemplo los casos de Bélgica e Italia.

En Bélgica los constituyentes de 1831 quisieron configurar «una monarquía republicana», atribuyendo al Rey competencias expresamente tasadas y potenciando las del Parlamento (62). Pero la evolución política del país y de su régimen ha matizado con la práctica las fórmulas constitucionales.

La personalidad del primer monarca Leopoldo I le convirtió en verdadero árbitro político de su Reino, sin mengua de un régimen parlamentario y otro tanto ocurrió bajo el reinado de su sucesor Leopoldo II, si bien éste supo combinar su protagonismo internacional, tan ventajoso para la expansión colonial de Bélgica, con una escrupulosa imparcialidad en los más graves conflictos internos, especialmente los derivados de la guerra escolar entre liberales y católicos. La brillante conducta de Alberto I al frente de su ejército durante la I.ª G.M., cuyo paralelo en Noruega con el Rey Haakon se dio en la II.ª G.M. incrementó muy mucho el prestigio de ambas Monarquías. Ello dio lugar en Bélgica a una importante corriente doctrinal favorable a una afirmación extraconstitucional (63) de la preeminencia regia, no compartida por la doctrina mayoritaria, pero que muestra las tendencias de una época cuyo extremo ejemplifican las fórmulas ensayadas en 1929 en España y Yugoslavia, atrás mencionadas.

La substitución, a partir de 1916 y hasta el presente, de un práctico bipartidismo por un multipartidismo que forzó los gobiernos de coalición, potenció lógicamente la figura del Jefe del Estado como punto de referencia e impulsor de pactos y coaliciones.

La conducta de Leopoldo III en la II.ª G.M. dio lugar a la crítica Question Royale que, sin embargo, se saldó, tras el referendum favorable al Rey, con el consensuado Informe de 1949, «sobre el ejercicio de los poderes regios» (64). En él se reafirmó la Monarquía parlamentaria declarando expresamente que, si bien el Rey no puede obrar solo, sino siempre de acuerdo, expreso o tácito, con el Gobierno que asume la correspondiente responsabilidad, su actitud no es simplemente pasiva. En caso de insuperable desacuerdo con los ministros, son estos los que deben ceder o dimitir, remitiendo al electorado, mediante la correspondiente disolución de las Cámaras (65), la decisión última. La autoridad moral de Balduino I, «el confesor», reconocida por los partidos políticos, dio especial substantividad a esta interpretación que requiere, por parte de todos, la prudencia necesaria para evitar las situaciones de crisis constitucional.

La posterior evolución política y constitucional del país que ha llevado a permanentes y no muy estables gobiernos de coalición y, en último término, a la federalización de Bélgica, con la reforma constitucional de 1993, ha reforza-

do la función mediadora e integradora del Rey. La adopción de la moción de censura constructiva en dicha reforma que, en principio, supone la abrogación de la importante designación regia del primer ministro, no ha modificado la situación (66).

La reciente doctrina constitucionalista belga (67) ha cifrado en tres conceptos esta función regia, a parte de la permanente consulta con el Gobierno y la actuación paralela, pero coordinada con el mismo (68).

Corresponde al Jefe del Estado, dar fe de los actos de Estado cuyo contenido fije el Parlamento, el Gobierno o la Magistratura y, como a un notario concienzudo corresponde, ha de asegurarse, previo el correspondiente examen, de la constitucionalidad formal y substancial del acto en cuestión. Le corresponde, en segundo lugar exteriorizar y dar forma al acto de Estado. Le corresponde, en fin, en supuesto de crisis contribuir a la defensa de la Constitución, con todas sus competencias, incluso las militares (69).

La tendencia al reforzamiento de las competencias del Jefe del Estado parlamentario es aun más evidente en la República italiana.

La Asamblea Constituyente reunida en 1947, a la hora de diseñar la Jefatura del Estado republicana, optó por un Presidente «ni demasiado fuerte ni demasiado débil» (70). Se quiso huir del precedente de Weimar, sin caer en la mera «magistratura moral» de la IV.ª República Francesa y fue importante el ejemplo de la Constitución española de 1931, por más que algunos analistas italianos traten de olvidarla. Baste pensar en la definición de la magistratura, en su forma de elección y en sus competencias.

Ahora bien, tanto en la elaboración del nuevo texto constitucional, según resulta de los trabajos constituyentes, como en su aplicación, fue determinante, por acción y reacción, la práctica del Estatuto albertino de 1848 anterior a la interpretación fascista desde 1923, es decir, una Constitución monárquica. Ya en los mismos debates de la Asamblea se invocó la denominada «prerrogativa presidencial» (71), calcada sobre la prerrogativa regia, y monárquico confeso fue el primer Presidente de la República Luigi Enaudi. Por otro lado, una serie de convenciones constitucionales, detenidamente analizadas por la doctrina (72), han incrementado las competencias del Presidente de la República configurando una «dirección constitucional», dirigida a la salvaguarda de los valores constitucionales y la garantía del correcto funcionamiento institucional, a cargo del Presidente, junto a una «dirección política» correspondiente al Gobierno. La «dirección constitucional» se ejerce expresamente en lo que, siguiendo a Vedel, he denominado poderes interconstitucionales, pero también de manera más discreta pero no menos eficaz. Así, la sustitución del Primer Ministro Berlusconi, que contaba con la confianza parlamentaria, por un can-

didato presidencial cuya investidura parlamentaria estaba previamente asegurada, ha sido doctrinalmente interpretada como el último acto de esta extensión de las competencias presidenciales.

El Presidente italiano, elegido por un colegio que suma a los parlamentarios los representantes de las Regiones, es parte del Ejecutivo y como tal tiene notables competencias administrativas cuidadosamente analizadas por la doctrina italiana (73). Pero se configura en su génesis y más aún en su desarrollo práctico como una magistratura de garantía, tanto jurídica como política, de la fiel observancia y del normal funcionamiento de las instituciones constitucionales.

Así se distinguen entre sus competencias, las que se ejercen mediante actos formalmente presidenciales, sustancialmente presidenciales y sustancialmente complejos (74). Las primeras son aquellas cuyo contenido es elaborado por otro u otros órganos, gubernamentales, parlamentarios o judiciales; pero que dan lugar a que el Jefe del Estado, antes de su formalización, ejerza un derecho de examen, al menos para garantizar la constitucionalidad de los mismos. Los segundos, los sustancialmente presidenciales, son de competencia exclusiva del jefe el Estado, como los mensajes y, en general, los actos informales de exposición. Y los sustancialmente complejos, como el nombramiento del primer ministro o la disolución de las Cámaras, son de competencia presidencial, pero requieren la colaboración, en principio no vinculante, de terceros, como es el caso de la consulta preceptiva de los Presidentes de las Cámaras para proceder a la disolución del Parlamento.

Es esta distinción la que permite clarificar los diferentes alcances, simétricos o asimétricos del refrendo ministerial de todos los actos presidenciales, previsto en el art. 89 de la Constitución.

La categoría de «acto debido», que la doctrina española, fiel devota de la penúltima moda, sigue invocando a la hora de calificar las relaciones del Jefe del Estado y el Gobierno parlamentario, tiene una extensión harto reducida, puesto que no cubre más que el primero de los tipos señalados, esto es, los formalmente presidenciales y, aun así, el «acto debido» no es nunca automático, por el previo derecho de examen que se reconoce al Presidente.

CONCLUSIÓN

Esta larga exposición permite extraer del derecho y la práctica comparados las siguientes conclusiones.

Primero, aunque la esencia el parlamentarismo es la responsabilidad política del Gobierno ante la Cámara, en las más importantes y estables democracias

parlamentarias el sistema supone un equilibrio, sin duda asimétrico, entre la Asamblea elegida y el Jefe del Estado. Esto es lo que Redslob calificó de parlamentarismo auténtico. Ello contradice la tesis según la cual, el parlamentarismo tiende desde el dualismo originario al monismo y reduce la Jefatura del Estado a una mera función representativa y simbólica, algo que también es importante.

Segundo, desde fines del siglo XVIII hasta el presente, la evolución del parlamentarismo y la correspondiente posición del Jefe del Estado no han sido lineales. A sistemas dualistas en los que el Jefe del Estado, Rey o Presidente, desempeñaba funciones muy activas (orleanismo) sucedió, en las constituciones de la I.ª Posguerra, un auge del parlamentarismo monista y una capitidisminución cuando no desaparición de la Jefatura del Estado. Y, años después, como reacción, un fortalecimiento del ejecutivo en torno a las competencias del Jefe del Estado, doble fenómeno que se repite tras la II.ª Postguerra, más por vía de mutación que de revisión constitucional.

Tercero. La fórmula típica de este fortalecimiento de la Jefatura del Estado es, en las repúblicas, el semipresidencialismo, susceptible de diversas modulaciones, pero cuya característica fundamental es la autonomía institucional de la Jefatura del Estado que ostenta formalmente y ejerce una serie de competencias propias no sometidas a refrendo gubernamental. En paralelo a esa autonomía institucional del Jefe del Estado, las constituciones semipresidencialistas reconocen una autonomía institucional del gobierno parlamentariamente responsable que ostenta competencias propias que ejerce sin intervención el Jefe del Estado, salvo ciertas materias, usualmente defensa y política exterior y un deber general de información hacia el Jefe del Estado.

En las Monarquías se da un fenómeno paralelo, ya porque se mantenga viva la prerrogativa regia, sin perjuicio de la excepcionalidad de su utilización –constitucionalismo británico–, ya por una mutación convencional de la Constitución –caso belga–.

En ambos supuestos y al margen de la letra de los textos constitucionales, pero de acuerdo con su espíritu, el de los constituyentes cuando son recientes, el de la exégesis constitucional más solvente en todo caso, la Jefatura del Estado, monárquica o republicana, se configura como una magistratura de garantía de las formas y los valores constitucionales.

Cuarto, el refrendo es un acto complejo en el que concurren refrendante y refrendado, como exige el respeto hacia la autonomía institucional de uno y otro.

Quinto, el Jefe del Estado, parlamentario y, a fortiori, semipresidencial, representa la unidad y continuidad de éste, garantiza en virtud de sus competencias interconstitucionales el funcionamiento de los poderes públicos y su

sometimiento a la voluntad popular. Dichas competencias propias, que Vedel calificó de interconstitucionales, son, fundamentalmente, el nombramiento del Gobierno, sin perjuicio de requerir éste la confianza de la o la Cámaras, la disolución de éstas, la convocatoria del referéndum y la remisión de cuestiones ante el Tribunal Constitucional. El Jefe del Estado es el defensor de la Constitución, tanto en situaciones de crisis como porque le corresponde su formalización y, con ello, acreditar, tras el debido examen, la constitucionalidad de los actos de Estado a cargo de las Asambleas y del Gobierno.

NOTAS

(1) *Cf. Teoría General del Estado,* trad. esp. Legaz, México (Editora Nacional) 1979, p. 393 y ss. Sobre la posición de Kelsen de cara a sus primeras construcciones positivas, las iniciales constituciones austriacas de postguerra, *cf. Die Vefassungsgesetze der Republik Deutschösterreich,* Viena 1919.

(2) O. Kimminich, *Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie VVDStRL,* 25, 1967, pp. 48 y ss.

(3) Ehmke, *Ibid.,* p. 239 y ss.

(4) Pérez Royo, «Jefatura del Estado y Democracia Parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca).* 39 (1984), pp. 7 y ss.

(5) Cf. mi viejo estudio *Nacionalismo y Constitucionalismo. El derecho constitucional de los nuevos Estados* Madrid, (Tecnos) 1971, pp. 121 y ss.

(6) Cf. Carlson & Rosen, *Svensk Historia,* I, Estocolmo, 1961, p. 96 y ss. Sobre el panorama comparado cf. mi contribución al *Libro Homenaje a José Antonio Maravall,* Madrid (CEC), 1986, pp. 309 y ss. Ahora en este volumen n.º 9.

(7) Mirkine Guetzevitch, «Le parlamentarisme sous la Convention nationale» *Revue de Droit Publique et de la Science Politique,* 1935, pp. 671 y ss.

(8) Stubbs, *The Constitutional History of England,* 5.ª ed. Oxford, 1898, III, pp. 5 y ss.

(9) Löwenstein, *Teoría de la Constitución,* trad. esp. Barcelona (Ariel), 1965 p. 103 y ss. y 131 y ss. Sobre la posición del Jefe del Estado, en general, cf. Löwenstein en *Revue de Droit Public,* LXV, 1949, p. 161y ss. y parlamentario, *Ibid.* 9. 204 y ss. y Kaltefleiter, *Die Funktionen des Staatoberhaupts in der parlamentarischen Demokratie,* Colonia, 1970.

(10) Cf. Díez del Corral, *El Liberalismo Doctrinario,* OOCC Madrid (CEPyC), 1998, I, p. 195 y ss.

(11) Redslob, *Die Parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unrechten Form,* Tubinga, 1918, trad. francesa Paris, 1924. Sobre la influencia de esta obra en los redactores del texto de Weimar a la que después haré referencia cf. Lucas, *Die organisatorischen Grundgedanken des deutschen Verfassung, ….* 1920.

(12) Duguit, *L' Etat, les gouvernants, les agents,* París, 1903.

(13) La última y más popular muestra del constitucionalismo «whig» es la conocida obra de Walter Bagehot *(The English Constitution* Londres,1867), antes de cuya 2.ª edición, en 1872, hubo dos tempranas traducciones francesa y alemana. La primera, publicada en la prestigiosa Bibliotheque d'Histoire Contemporaine (Paris, 1868) con la intención de arropar doctrinalmente y con el prestigio de las instituciones británicas, los proyectos de parlamentarización al amparo de la última Constitución del II.º Imperio del mismo año (Senados consulta de 8 de septiembre de 1869 y 21 de mayo de 1870). Prevost-Parandol, epígono del doctrinarismo y que se había destacado en la oposición al autoritarismo bonapartista, antes de suicidarse en 1870, se convirtió en defensor del II.º Imperio y de su evolución liberalizadora, propugnando un parlamentarismo, compatible con la monarquía imperial (vd. su obra *La France Nouvelle*, Paris, 1868, p. 143 y ss) De ahí su reiterada mención en el inusitado prólogo de Bagehot a la edición francesa de su obra. La traducción alemana (Berlin, 1868.), del mismo signo liberal, no tuvo, desgraciadamente, fortuna frente a los defensores germánicos del principio monárquico (cf. Jellinek, *Teoría General del Estado*, trad.

esp. p. 516). Sobre la versión francesa, Posada hizo una traducción española publicada en 1902, tal vez con análoga intención pedagógica respecto del joven Rey Alfonso XIII, recientemente proclamado mayor de edad. Que Posada no utilizó el original inglés, sino la traducción francesa, lo revelan, ciertas equivalencias, v.gr. traducir «dignified parts» por «partes imponentes» (p 47), tomado de «imposantes parties» (p 68) y que no utilizara la segunda edición inglesa de 1872. Sobre la proyección española de la obra de Bagehot, vd el docto estudio preliminar de Varela Suárez-Carpegna a la reedición de la traducción española de Posada de Madrid (CEPyC) 2016.

(14) *Deux letters au sujet du role du President de la Republique, Le Temps,* 9 y 25 Agosto de 1920. Cf. Röpke, *Vom Gambetta bis Clemenceau. Fünfzig Jahre Franzonischen Politik und Geschichte,* Stuttgart, 1922.

(15) París (Delagrave) 1928, versión española actualizada Madrid, (Editorial España) 1931.

(16) V. gr., Baviera (1919), 4, 57 y 58; Prusia (1920) arts 7, 44 y 45 Cf. Kollreutter, *Das parlamentarische System in den deutschen Landesverfasungen,* Tubinga, 1921.

(17) Vd. Estonia (1920) arts 58 y 59. Cf. Rolnik, *Die baltischen Staaten Lituanen, Letland und Estand und ihr Verfassunsrecht,* Leipzig, 1927.

(18) La bibliografía sobre la teoría soviética del Estado y de su futura extinción es inmensa. Como muestra cf. Zolo, *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato,* Bari, 1974. En español es útil García Álvarez. *Construcción del comunismo y Constitución,* León, 1978, p. 37 y ss.

(19) Poyulicki, *La Constitution de la République de Pologne de 17 mars 1921,* Varsovia-París, 1921, cf Rolnik, *Opus cit.*

(20) *Le renforcement des pouvoirs du Chef de l'Etat dans la democratie parlementaire*, París (Boccard), 1932

(21) Cf. Vernet, *Le pouvoir executif en Droit Constitutionel tchecoeslovaque,* Ginebra, 1922 y para la ulterior evolución política y consiguiente mutación constitucional cf, Pesca, «Apres dix ans de developpément de la Constitution tchecoeslovaque (1920-1930)». *Revue de Droit Public,* 3, 1930.

(22) Cf. Robinson « Der liautische Staat und sein Verfassungsentwicklung», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts ds Gegenwart, VI, 1928;* Mirkine Guetzevitch, «La revisión constitutionelle en Autriche», *l'Europe Nouvelle,* 18 Enero 1930. Alcalá Zamora, *Los defectos de la constitución española de 1931,* Madrid, 1936, p. 143 y ss.

(23) Trentin, *Les transformation recentes du droit public italien,* Paris, 1929 CF. Ghisalberti, *Storia constituzionale d'Italia 1848-1948,* Bari, 1974, p. 23 y ss. Respecto de Polonia 1934 arts. 1 a 25 y especialmente la definición que de la institución da el at.1; Portugal (1933) arts. 72, 78, 81 y 82.

(24) Cf. Gordon, *Les nouvelles constituions europeennes et le role du Chef de l'État,* París (Sirey) 1931, p. 311 y ss.

(25) Con más detalle cf. Jovanovitch, *Le régime absolu jougoslave institué le 6 janvier 1929,* París, 1930. Respecto de España los textos en Varela Suances Carpegna (ed.), *Constituciones y Leyes Fundamentales,* Madrid (Iustel), 2012, p. 375 y ss y una síntesis del contexto en Fernandez Segado, *Las constituciones históricas españolas,* Madrid (Civitas), 1986, p. 418 y ss.

(26) Cf. Caporali, *Il Presidente della Repubblica e l'emanazione degli atti con forza di legge,* Turín (Giappichelli Editore), 1999, p. 11 y ss.

(27) Una síntesis de la doctrina alemana sobre la materia en Leissner «Le Président de la République et le Gouvernement dans las Constitution de Bonn», *Revue de Droit Public, LXXIV,* n.º 6, p. 65 y ss.

(28) *Les Constitutions Européennes,* Paris (PUF), 1952, I, prefacio.

(29) Cf. Duverger, *Les régimes semiprésidentiels.* Paris (LGDJ), 1986. Esa influencia se debe principalmente a la doctrinal que Schmitt ejerció sobre René Capitant, uno de los constitucionalistas de cámara del general De Gaulle cf. G. Le Brazidec, *René Capitnt, Carl Schmitt: crise et reforme du parlamentarisme, De Weimar a la Cinquieme République,* Paris (l'Harmattan), 1998.

(30) Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel,* Paris (PUF), col Themis, 11.ª ed., 1970, p. 277.

(31) Cf. Colliard, *Les régimes palementaires contemporains,* Paris,1978, p. 39, El análisis, a todas luces sectario, pero extremadamente detallista de Gicquel *(Essai sur la practique de la Vemme Republique, Bilan d'un septenat,* Paris, LGDJ, 1968) revela, tal vez incluso frente a la intención del autor, que la preponderancia presidencial se dio, desde el principio, en virtud de carisma gaullista, al margen de la elección del Jefe del Estado por sufragio directo, establecida en 1962.

(32) Duverger, *Les régimes cit*, p. 8 y 12 (vd. infra nota 38).

(33) Fioravanti, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales,* trad. esp. Madrid (Trotta), 2002, p. 74 y ss.

(34) Francia 1958, art. 19, Grecia 1975, art. 35, Rep. Checa 991, art. 63,3, Bulgaria 1991, art. 102, Rumanía 1991, art. 100, Lituania, 1991, art. 85, Polonia 1997, art. 144, Finlandia 1997, art. 58.

(35) Cf. el discurso del Presidente F. Tudman el 22 de diciembre de 1990 ante el Parlamento croata con ocasión de la proclamación de la constitución (*Rapport du Parlement,* n.º 15)

(36) Cf. Vedel, «Vers le régime présidentiel» *Revue Francaise de Science Politique,* XIV (1964), 1, pp. 20 y ss.

(37) C. Gomes Canotiho-Vital Moreira, *Os poderes do Presidente da Republica,* Coimbra, 1991 *passim.*

(38) M. Gutan («Romanian semi-presidentialism in historical context» *Romanian Journal Comparative Law,* 212, 2, p. 275) destaca las diferentes actitudes del pasivo Presidente Contantinescu y del activo Presidente Besescu que avalan la distinción de Duverger entre semipresidencialismo de práctica parlamentaria y de práctica presidencial (vd. supra nota 32) La correspondiente tensión llega a tener un reflejo jurisprudencial . Cf. Selejn Gutan, *The Constitution of Romania: A contextul analysis*, Oxford (Hart), 2016.

(39) Esposito, «Capo dello Stato». *Enciclopedia Italiana di Diritto.*

(40) Cf., Smend, *Verfassung und Verfassungrecht,* Berlin, 1928, trad. esp. Madrid (CEPyC), cuyas tesis sigo.

(41) Cf. Rodríguez Artacho, *La Monarquía Japonesa,* Madrid (CEPyC), 2003.

(42) Jennings, *Cabinet Government,* Cambridge, 5.ª ed., 1959, p. 372 y ss.

(43) Cf. Brunner, «Constitutional Models in Communist States. A Typological Overview», en VVAA. *European Constitutional Law. Derecho Constitucional Europeo.* Homenaje a F. Valls i Taberner, Barcelona (PPU) 1988, p. 2079 y ss.

(44) Cf. Fawcett, *The Commonwealth and International Law,* Oxdord, 1963, pp. 1 y ss.

(45) Cf. los datos y referencias reunidos en mi obra ya citada *Nacionalismo y Constitucionalismo,* p. 529.

(46) Cf. Crisafuli. *Jus,* 1958, p. 69.

(47) Cf. mi estudio «El refrendo, art 64» en Alzaga (ed), *Comentarios a la Constitución Española de 1978,* Madrid (EDERSA), 2.º ed, 1996, V, p. 22 y ss. y la bibliografía allí citada. En contra cf. González Trevijano, *El Refrendo,* Madrid (CEPyC), 1998.

(48) Así ocurre en Suecia, donde el Rey no tiene el mando supremo de los ejército, pero ostenta el más alto grado en los mismos y preside el Comité de Asuntos Exteriores elegido por la Dieta y que, junto con el Gobierno, analiza estas materias (IG 1974, art. 10,7).

(49) Schmitt, *Der Hütter der Verfassung, en Archiv des öffentlichen Rechts,* 1929.

(50) *Die Diktatur,* 1924, ed. Berlin 1964 (vd. Paragrafo final).

(51) Gordon, *Les nouvelles, cit.*, p. 207 y ss.

(52) Cf. Bompard, *Le veto du Président de la République et la sanction royale,* Paris, 1909.

(53) *Op. cit.* vd. supra nota 13.

(54) *Law and Custom of the Constitution,* Oxford, 1886.

(55) En especial, *Cabinet Governement,* Oxford, 1936, 3.ª ed. 1953.

(56) *The Monarchy and the Constitution,* Oxford, 1988.

(57) «The Monarchy» en Bognador (ed), *The British Constitution in the Twenteeth Century,* Oxford, 2003, pp. 69 y ss, vd. la relación de episodios señalados por Hennesy en «The Throne Behind the Power» *The Economist* (Dic. 1994-Enero 1995, pp. 53-55).

(58) Blackburn Plant, *Constitutional Reform, The Labour Government' Constitutional Reform Agenda,* Londres (Longman) 1999, pp. 139 y ss.

(59) Cf. Ryan, «The Fixed-term Parliaments Act 2011» *Public Law,* 2 April 2012, pp. 213 ss.

(60) Cf. de Smith, *The New Commonwealth and its Constitutions,* Oxford, (Stevens), 1964, pp. 86 y ss.

(61) Cf. Forsey, *The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwelth,* Toronto, 1943 y otros datos posteriores reunidos en mi obra. *Nacionalismo y Constitucionalismo… cit.*, p. 147. En 1974 el Gobernador General de Australia negó la disolución solicitada por el Primer Ministro porque consideró que existía una mayoría alternativa en el Parlamento.

(62) Constitucion de 1831, art. 78 cf., Snelle, *La Constitution belge comentée,* Bruselas, 1974.

(63) Wodon, «Sur le rôle du Roi comme Chef de l'État dans le cas de defaillances constitutionnelles», *Bulletin d l'Academie Royale, 1939.*

(64) *Moniteur Belge,* 6 de agosto de 1949, pp. 7589 y ss.

(65) *Ibid.* III, p. 7592.

(66) Cf. Delperee, *La formation du Gouvernement. Texte et Contexte* (ponencia presentada en Rouan en junio del 2016.

(67) Cf. Delpérée, «La fonction du Roi» *Pouvoirs,* n.º 78, 1996 *Les Monarchies,* p. 43 y ss y en *Pouvoirs,* n.º 54, 1990, p. 19. Cf. Molitor, *La Fonction Royale en Belgique,* Bruselas (CRISP) 1966 y Stengers, L'action du Roi en Belgique depuis 1831, P*ouvoir et influence. Essai de typologie de mode d'action du Roy.* París. Louvain, 1974.

(68) Cf. Molitor, *opus cit.,* p. 73.

(69) Cf. *Moniteur Belge… cit.* p. 7595.

(70) Cf. Caporali, *Il Presidente della Repubblica e l'emanzione degli atti con forza di legge,* Turin (Giappichelli) 200, p. 1.

(71) Tosato (ed.) *Asamblea constituente,* Roma, 1951, IV, p. 336 y ss.

(72) Por todos cf. (Branca (ed.) *Comentario della constituzione. Il presidente della Repubblica (arts 83 a 91),* Bolonia, Roma (Zanichelli Editores-Foro Italiano), 1978. En especial M. Midiri *La contrafirma ministeriale nel sistema di reporti tra Presidente dell Repubblica e Governo,* Padua (CEDAM), 1988.

(73) Cf. Santaniello (ed), *Trattato di diritto Amministrativo* Padua (CEDAM), 1990.

(74) Cf. Vergotini, *Diritto Constituzionale*, Padua (CEDAM) 5.ª ed, 2006, pp. 506 y ss.

12. MONARQUÍA Y DESARROLLO DEMOCRÁTICO

MONARQUÍA Y DEMOCRACIA

La primera cuestión a dilucidar es conceptual y debe ser planteada en el plano de la historia, la historia de las ideas y de las formas políticas. ¿Cómo es posible que la Monarquía tenga una función democratizadora si durante siglos, Monarquía y Democracia han aparecido contrapuestas en todas las clasificaciones hechas de las formas políticas, desde los griegos para acá? Herodoto, Platón o Aristóteles, Polibio o Cicerón y, tras ellos, escolásticos medievales y teóricos modernos, con escasísimas excepciones consideraron que la Monarquía, como gobierno de uno, se opone a la Democracia, como gobierno del pueblo. Y, sin embargo, ya en nuestros días el francés Alain podía intuir que «les democraties ne tuerot point l'idée monarcbique; mais plutôt elles las sauveront» (1).

Fue G. Jellinek (2) quien en la escuela alemana del derecho público innova la clasificación tripartita tradicional y opone Monarquía, no a Democracia o Aristocracia sino a República definiendo la primera mediante dos rasgos de la Jefatura del Estado. La supremacía del poder, que no significa, por cierto, absolutismo ni plenitud, sino más supremacía de posición que supremacía de mando (3); y su personalización, que no excluye la integración de lo que el propio Jellinek considera una voluntad física, en un sistema jurídico-institucional (4).

Pero a esto hay que sumar un tercer rasgo, el carácter hereditario, que distingue la Monarquía , en el sentido convencional del término en el derecho constitucional moderno, de otro tipo de monarquías, v. gr. lo que se ha deno-

minado la «monarquía republicana» (5). La herencia, al substraer la Jefatura del Estado de la competencia política, es lo que da a esta magistratura la independencia de toda facción, partido o mayoría. Pero es también lo que al privarla de representatividad electiva, atenúa su vigor político. Por hereditaria la Corona es más independiente, pero menos potente que una magistratura elegida. La condición hereditaria puede, pues, ser una constante e incluso determinante, pero más como consecuencia que como esencia.

La emergencia de la institución monárquica como un poder capaz de cumplir la función democratizadora, aparece enraizada en la doctrina clásica del gobierno mixto como justo medio entre los diversos tipos puros de formas de Estado, capaz de equilibrar sus respectivos defectos y evitar así su corrupción.

Cabe discutir si es Platón quien primero formula la tesis, como lógica consecuencia de los presupuestos de su filosofía, si ha de remontarse aún más atrás en la historia de la ideas, si es tan sólo la tesis que de retirada formula el anciano autor de *Las Leyes* al ver frustrados sus anteriores proyectos (6). Pero, en todo caso, la tesis del gobierno mixto como fórmula ideal se consagra por Polibio y se difunde por Cicerón cuya filiación platónica, en este extremo, no deja lugar a dudas (7). Y de ahí, a través de la tradición medieval, llega a Locke y Montesquieu para cristalizar en el moderno pensamiento liberal. Sabine (8) ha dedicado profundas páginas a iluminar la transmisión de esta constante en el pensamiento político moderado.

Ahora bien, en esta tesis del gobierno mixto late el germen de lo que había de ser la moderna Monarquía. En efecto, es bien sabido cómo Cicerón, intuyendo lo que después había de ser el Principado, propugnó en su tratado *Sobre el Estado* (9) una especie de tutor de la República, ciudadano óptimo y primero, bajo cuya moderación y arbitraje discurriese el funcionamiento de las instituciones monárquicas, aristocráticas y democráticas. Tal fue la esencia jurídica del Principado. Plinio el Joven, al hacer el *Panegírico del Príncipe óptimo,* había de reiterar tal interpretación (10). Es esta tesis la que está en la raíz de la distinción medieval entre «imperare», como moderación y arbitraje entre los poderes territoriales, y «regnare» que equivale a «gubernare», distinción de la que a mi juicio es heredera la noción doctrinaria del poder moderador, clave en la moderna concepción de la Monarquía constitucional (11). Frente al absolutismo, si realmente lo hubo, la monarquía de Bodino a Montesquieu aparece ligada al régimen mixto y eso da espacio a otra cosa. El Rey reina, pero no gobierna; esto es, utilizando la distinción de la doctrina italiana no ejerce la dirección política (el *indirizzo politico)* que corresponde al gobierno democráticamente responsable, sino la dirección constitucional (el *indirizzo constituzionale)*.

Porque el Rey reina, pero no gobierna, es plenamente compatible con un proceso político plenamente democrático. Pero, además, porque aun sin gobernar, el Rey reina, la magistratura regia puede ser útil al buen funcionamiento de la democracia como regulador y rector de la misma y, más aún, a la hora de expresar como símbolo eficaz el fenómeno de integración política que da ser al propio cuerpo político.

Volviendo a Jellinek, lo importante a estos efectos no es analizar y valorar los criterios de su mencionada dicotomía entre Monarquía y República, sino señalar que cuando formula su distinción entre ambas formas de Estado, lo hace en un ambiente en el que la Monarquía ha ido ya de la mano de procesos democratizadores tan profundos corno la unidad nacional cuya proyección teórica no es ajena a la revitalización del Principio Monárquico y a las mismas consideraciones teóricas de Jellinek (12). Y la vinculación de Monarquía y Democracia así entendida puede remontarse hasta Rousseau, alguno de cuyos exegetas más lúcidos han reducido la democracia al momento constituyente y la Monarquía al gobierno constituido (13).

En efecto, durante todo el siglo XIX, la Monarquía ha aparecido en Alemania e Italia íntimamente vinculada al proceso eminentemente democrático y democratizador de la unidad nacional, y en los Balcanes a la liberación frente al dominio extranjero y, mucho después, fue sin duda la Monarquía el agente democratizador en latitudes tan lejanas entre sí como España en 1977 y Camboya en 1993. Su caída privó de un importante estrato protector a las nuevas democracias alemana, austríaca y checa establecidas en 1919, algo que sirvió de lección a los vencedores del Japón en 1945. Y el establecimiento de la forma republicana de gobierno en las antiguas democracias populares no ha sido, antes al contrario, un triunfo de la democracia ni, al parecer, su mantenimiento tampoco. Tales datos, por sabidos, no tienen por qué ser marginados y sirven para iluminar con la práctica la teoría, aunque recordarlos no resulte siempre políticamente correcto.

Ahora bien, la democracia moderna tal como hoy la conocemos, requiere tres ingredientes fundamentales. Un orden por comunión, esto es una solidaridad de base que le sirva de fundamento, cuya homogeneidad y coherencia pone límite a las discrepancias y legitima la representación de las minorías por las mayorías o más aún, la imputación a la voluntad general de la decisión de unos pocos. Sin cuerpo político a representar no hay representación ni, en consecuencia, democracia representativa. Un orden por concurrencia de libertades, incluso políticas, Y, en fin, un orden de gobierno.

Pues bien, la Monarquía ha contribuido en la práctica, de manera capital, a expresar la integración, a tutelar la concurrencia e, incluso, a imponer, desde el gobierno, la democracia. Como símbolo, estrato protector y agente demo-

cratizador, la Monarquía aparece vinculada a la democracia. Analizaré cada uno de estos aspectos.

LA MONARQUÍA COMO FACTOR DE INTEGRACIÓN

La democracia requiere un cuerpo político integrado que, en nuestros días, suele ser nacional y, sólo excepcionalmente, pluri o supranacional. Por las razones atrás apuntadas si no se da el orden por comunión que la Nación es no hay democracia nacional posible y, por ello, integrar la Nación es proporcionar el a priori material de la democracia misma. Integrar es, pues, democratizar.

La integración, tal como la categorizara Rudolf Smend (14), es el proceso permanente que da vida al cuerpo político, reduciendo la pluralidad social a una unidad existencial. Los factores de integración pueden ser múltiples. Así, los funcionales, como es el caso de las elecciones en la democracia; los materiales, como aquellos elementos físicos –v. gr., el territorio–; morales –v. gr., los valores– o culturales –v. gr. recuerdos y proyectos–; la comunión, en los cuales fundamenta la voluntad de vivir juntos; y también los simbólicos y personales.

La Monarquía es un factor de integración tanto simbólico como personal, en el que siempre sigue latiendo la dualidad que en la concepción medieval de los dos cuerpos del Rey señalara Kantorowicz. Es claro que la Corona, tanto en su acepción mítica inicial como en versiones más racionalizadas, es un símbolo del cuerpo político, y sobre ello hay abundante literatura histórica, politológica y aun jurídica (15); esto es, un objeto cargado de tal manera por los afectos que expresa no sólo conocimientos, sino sentimientos, y en virtud del cual se tiene acceso a un orden distinto de la realidad, en este caso el orden de la integración política.

Pero también es un factor de integración personal en cuanto que el Rey, como individuo físico, es objeto de lealtad, pero no como la que caracteriza al dirigente carismático en el sentido weberiano del término, puesto que «cuando se ovaciona al Soberano no se pretende honrar una persona concreta, sino que se trata más bien de un acto de autoconciencia de un pueblo políticamente unido» (16). De ahí que el sentido de la Jefatura del Estado monárquica estriba en la representación, en la encarnación de la unidad política del pueblo de manera análoga a las banderas, escudos e himnos nacionales.

La utilidad de la Corona y de su titular para acceder al orden diferente de la realidad que es la integración política, lo expresó con grande claridad el inglés Bagehot (17) cuando señalaba que la realeza apelaba a sentimientos difusos y la república al entendimiento, concluyendo de ahí la fortaleza de la Monarquía y la debilidad de la república, mientras el corazón predomine sobre la

razón. Pero hoy sabemos, mejor que los liberales victorianos, que tal predominio no es temporal, sino inherente a la condición histórica y vital de la razón humana.

Todo ello es claro que no depende tanto de las cualidades personales del Monarca, esto es, de su ejemplaridad, como de su posición institucional. Pero de la actitud del príncipe e incluso de su dinastía respecto de los valores en juego a la hora de promover la integración política puede deducirse unas u otras consecuencias. Así, los Habsburgo desaparecieron el Danubio por su especial capacidad de enemistarse con diversas reivindicaciones nacionales, salvo algunos sectores del imperialismo magiar, mientras que los Saboya, adoptando la bandera de la unidad y la libertad, protagonizaron el nacionalismo italiano, y otro tanto puede decirse de las más importantes monarquías balcánicas a la hora de la independencia frente a Turquía.

Un párrafo aparte merece la experiencia postcolonial (18), donde la república ha substituido a la Monarquía cuando ésta ha aparecido incompatible con las aspiraciones nacionalistas por su arcaísmo político y social (Birmania, cercano y medio oriente árabe, Ruanda, Burundi), su oposición a la unidad nacional (India), o su contubernio con las autoridades coloniales (v.gr. Túnez). Sin embargo, no faltan casos en que las Monarquías tradicionales han servido de símbolo de identidad (v.gr. Malaya) o incluso otros como Marruecos y Camboya en que mediante una «Cruzada regia por la independencia» el titular de la legitimidad tradicional haya asumido el liderazgo de la empresa nacionalista reforzando su condición de símbolo de la Nación con los carismas propios de su libertador (19).

La cuestión reviste hoy especial interés a la vista de la efervescencia nacional y nacionalista de nuestros días, cuando a la par y como indispensable compensación a la globalización de la economía, las comunicaciones y la política, las naciones reafirman su identidad con mayor intensidad que nunca hasta hacer de este siglo y, probablemente del próximo, la época de los nacionalismos.

En situación semejante, la búsqueda de fórmulas que permitan expresar tales identidades, no directamente a través de la sangre y la tierra, sino simbólicamente, con la moderación que toda refracción simbólica implica, y, además, permitiendo más fácilmente su recíproca articulación, como revela toda la doctrina de las unciones de Estados, hace pensar en la utilidad de nociones tales como la Corona.

En efecto, todas las experiencias reseñadas revelan que la Monarquía puede, por una parte, expresar con mayor vigor que otras formas de Estado, la identidad de sus respectivas naciones y, por otro lado, articular en formas políticas complejas, una pluralidad de tales identidades, asumiendo los corres-

pondientes títulos históricos y expresándose en las diferentes lenguas habladas por los súbditos que ha de representar (20). Lo primero es especialmente importante en épocas en que la mencionada globalización exige la renuncia a lo que hasta ahora han sido factores materiales de integración nacional cargados de afectos y valor simbólico, v. gr. la moneda o los ejércitos estrictamente nacionales. La fuerza identificadora de la Monarquía permitiría pues una mayor integración competencial de los Estados porque su capacidad de integración simbólica permitiría prescindir de los factores materiales de integración, propios de la organización estatal clásica. Lo segundo permitiría resolver importantes conflictos interfronterizos e interétnicos al permitir salvaguardar las respectivas identidades en una sola forma política. La Monarquía significa, en efecto, históricamente no sólo una forma de Estado sino, a la vez, una totalidad territorial formada por la reunión de varias partes substantivas cuya representación suprema aparece atribuida a una sola institución, la Corona.

LA MONARQUÍA COMO ESTRATO PROTECTOR

La democracia es, además, un orden por concurrencia de derechos y libertades. Esto es, en último término, de intereses contrapuestos y de sus respectivos titulares. En ello consiste el pluralismo, cuya dimensión política ha de corresponderse, para ser auténtica, a un verdadero pluralismo económico y social. Ahora bien, la pluralidad y contraposición de intereses supone un conflicto. Si el mercado puede alcanzar un alto grado de armonía, no cabe olvidar que su ratio no es la cooperación sino la competencia, raramente perfecta, tanto en lo económico como en lo social, cultural o político, con todo lo que ello supone de posiciones privilegiadas y subordinadas entre las partes en conflicto.

¿Cuál es y puede ser la posición de la Monarquía ante esta situación?

Para algunos, al haberse transformado la Corona en una parte meramente decorativa del sistema político, se sitúa por definición al margen del conflicto y en ello consiste su fuerza y su virtud. Las discrepancias de intereses y las tensiones entre los mismos, ni la contaminan ni son afectados por ella en su planteamiento y su solución. Tal es la tesis que respecto de la Monarquía victoriana formulara Bagehot, en la cual han insistido sus continuadores y que ha llegado a tener reflejo constitucional en Japón y Suecia.

Para otros, el enraizamiento social de la Corona la hace, quiérase o no, parte muy principal en el conflicto social en cuanto baluarte y sostén de las posiciones más conservadoras y privilegiadas. Tal es la principal crítica que a

la Corona británica dirigiera Harold Laski (21) y no ha faltado quienes abundaran en ello.

Por último, desde Lorenz von Stein (22) se ha desarrollado la interpretación de la Monarquía social como institución compensadora y arbitral. En efecto, a juicio de tan ilustre autor, a cuya tesis no son ajenas sus propias experiencias vitales, la Corona y su titular están situados por encima del conflicto entre las clases sociales, sus intereses satisfechos hasta la saciedad no entran en competencia y, en consecuencia, tampoco en alianza con los de aquéllas y puede, por lo tanto, arbitrarlos e, incluso, compensar la posición de los más débiles respecto de los más fuertes. El Príncipe, mejor que nadie, realizaría de esta manera, en la práctica, la idea del Estado puro, emancipado de los conflictos sociales, como la libertad debe estarlo respecto de la necesidad.

A mi juicio, la Monarquía, más que árbitro activo en los conflictos sociales, puede y debe ser un estrato protector, en el sentido weberiano del término, del orden por concurrencia inherente a la democracia. Si el conflicto se radicaliza en su planteamiento o en sus consecuencias, el sistema entra en crisis y eso es lo que ha de evitar el estrato protector que es la Corona, a través de dos dimensiones a cual más importante.

De un lado, el Monarca ha de moderar e incluso arbitrar a las fuerzas políticas y sociales en concurrencia. A esto se corresponden las funciones constitucionales que expresa o tácitamente se encomiendan al Príncipe. El advertir y alentar que subrayara Bagehot; el mediar que ha destacado la doctrina más reciente; el arbitrar, incluso. Cuando en las más recientes constituciones monárquicas se encomienda al Rey velar por el buen funcionamiento de los poderes públicos, se le encomienda no sólo el cuidado de la mecánica constitucional sino de su recta utilización por las fuerzas políticas y sociales...

Para que todo esto sea posible, las competencias del Rey son incluso más importantes que la preminencia institucional de la Corona. El trono no puede ser un «sillón vacío». El rey debe cumplir sus funciones sin perjuicio que su ejercicio debe caracterizarse siempre por la discreción. Más aún, la reducción de las funciones reales a lo puramente ceremonial es el comienzo de la extinción de la monarquía (23).

Por otra parte, la función de estrato protector es aún más profunda cuando la Monarquía expresa la vigencia y, en consecuencia, garantiza tácitamente el respeto a determinados valores que o bien hacen posible la propia concurrencia de intereses o pudieran sentirse radicalmente amenazados por la misma y, entonces, reaccionar violentamente contra ella.

Lo primero ocurre porque la concurrencia, ya lo dije antes, es imposible sin la integración de base. Y la Corona expresa y actualiza dicha integración.

El Rey de todos, por el hecho de serlo, pretende expresar que el conflicto que todos protagonizan no empece que todos sigan sintiéndose miembros de un solo cuerpo político. Y es claro que sin esta vivencia de base, el conflicto se radicaliza hasta hacerse inviable. El Rey de los belgas, lo es de todos, flamencos y valones y ese es, según se ha visto recientemente, el más operativo factor de configuración de lo que el propio Monarca denominó una «ciudadanía federal». El sistema quiebra cuando el Rey lo es sólo de una parte y así ocurrió en la Yugoslavia anterior a la II.ª Guerra Mundial.

Por otra parte, y en ello consiste el segundo de los aspectos enunciados, la Monarquía puede, al asumirlos, incluso con escaso énfasis, garantizar la vigencia de unos valores que pudieran sentirse amenazados y, en consecuencia, amenazar por reacción defensiva la propia concurrencia. Tal sería el aspecto positivo del enraizamiento conservador que Laski denunciara en toda institución monárquica. En efecto, ya señalaba el citado von Stein que la clase social privilegiada no contestará el poder supremo de la Corona, de su titular y de su dinastía, porque de una u otra manera comprende que el título de la posesión del poder supremo del Estado es el mismo en el que basa su propia situación de dominación en la sociedad: A saber, la inviolabilidad de los derechos adquiridos y por lo tanto verá en la misma existencia la mejor garantía de su situación.

La realidad histórica no ha sido siempre así, y baste pensar en la actitud del Regente de Hungría, Almirante Horthy, frente a los Habsburgo o del republicanismo de los gobiernos derechistas tras la caída del comunismo en la misma Hungría, Bulgaria, Rumanía y Serbia. Y más claramente aún en el republicanismo de los propietarios esclavistas brasileños que ocasionó la caída del Emperador y del Imperio a raíz de la liberación de los esclavos. Pero, incluso ese caso, prueba la capacidad compensadora de la Monarquía en el sentido preconizado por von Stein, en situaciones donde los privilegiados hubieran ofrecido mucha mayor resistencia ante un poder con menores avales de conservadurismo. Así se comprueba si se comparan las medidas de tímida reforma social adoptadas por el efímero Maximiliano I en Méjico y lo que fue la política del «Porfiriato» (24).

En el terreno político, esta función de la Monarquía puede ser aún mayor, y el caso español es el más reciente y exitoso ejemplo de ello.

En efecto, en España, por los recuerdos de la I Restauración y el legado franquista, la Monarquía restablecida en 1975 estaba teñida de derechismo e incluso de reacción. Esta era su cruz y hacía, a juicio de muchos, difícil cuando no imposible su consolidación. Pero el envés de tal cruz, la cara de la Monarquía española, era que precisamente, tales connotaciones le daban es-

pecial autoridad ante los más fervientes mantenedores de tales valores (25). Ello permitió al Rey de España, por una parte, vencer las resistencias conservadoras a las reformas. Pero, a la vez, garantizar que por ser la Corona quien acometía o avalaba dichas reformas, éstas no pondrían en juego la esencia de los valores que la Monarquía encarnaba más y mejor que ninguna otra institución. El Rey Católico era garantía de que la secularización no impedía una relación amistosa entre la Iglesia y el Estado; el Rey soldado podía mejor que nadie garantizar la disciplina militar ante el poder civil; y el heredero de tres dinastías unificadoras podía propiciar las autonomías nacionales y regionales. Precisamente porque nadie podía presentar a la Corona como una institución disgregadora del Estado, anti militarista o anti religiosa, calificativos que en España, podían imputarse a las dos experiencias republicanas. En consecuencia, porque la Monarquía y su titular, pese a resistencias y ambivalencias, tenían autoridad frente a los sectores más inmovilistas y les inspiraba menos desconfianza que la República, la Monarquía fue una instancia democratizadora. Al ser el máximo exponente de la integración, funcionó como estrato protector de la concurrencia.

EL RECURSO AL PUEBLO

Ahora bien, dice Smend al tratar de la Monarquía como factor de integración política, la capacidad integradora del Monarca puede consistir no sólo en la encarnación institucional de los valores políticos tradicionales, como acabo de exponer, sino en la creación y desarrollo de nuevos valores. Este es el caso cuando el Príncipe actúa como agente democratizador de una forma política autoritaria a cuyo frente se encuentra por una u otra razón y que transforma en una democracia. En efecto, es más que raro un Estado Autoritario creado por la Monarquía tradicional y tal vez tan sólo puedan citarse en tal sentido la dictadura regia en Yugoslavia en 1939 y la experiencia nepalí de 1962.

El Estado Autoritario es una forma política poco estudiada todavía cuyos orígenes se remontan a la Constitución francesa de 1799 y del que periódicamente aparecen versiones de uno u otro signo. No se trata ahora de analizar este tipo de Estado, pero sí de señalar que tiende siempre a substituir el cesarismo que suele estar en su origen por el poder de una oligarquía de gerontes –la vieja guardia del régimen– y de estatócratas –aquéllos cuyo poder procede simplemente de la posición que ocupan en el aparato estatal–. Los Senados y Consejos son su órgano predilecto de expresión y aun respetando, formalmente un poder monocrático, tratan de vaciarlo de contenido pasando como señala

Weber, la colegialidad consultiva a la colegialidad de decisión. Por eso tras la fase fundacional del Estado Autoritario, surge una tensión entre el titular del poder monocrático y los oligarcas nacidos a su sombra. Sumisos al poder mientras éste ha sido la fuente y el mantenedor de sus privilegios, los oligarcas han pretendido consolidar sus posiciones, pasando de beneficiarios a propietarios de la situación. Por eso mismo, los oligarcas son contrarios a un titular del poder monocrático que, por una u otra razón, les sea ajeno y nada más ajeno a una oligarquía de nuevo cuño que un príncipe que debe su posición a otras fuentes de legitimidad, v. gr. la dinástica. De ahí la reticencia de los modernos autoritarismos hacia la Monarquía, incluso de los aparentemente más conservadores. Así se puso de relieve en la negativa de Salazar en Portugal y Horthy en Hungría a los intentos de restauración monárquica pese a su propia formación personal, en la permanente tirantez en el seno de la diarquía italiana entre la Corona y el Duce y en las ambivalencias del franquismo en España frente a la Monarquía que proclamaban las propias Leyes Fundamentales del Régimen. Si se atiende a los golpes de Estado regios contra Antonescu en Rumania y contra Mussolini en Italia, protagonizados por los Reyes Miguel I y Víctor Manuel III y a la suerte corrida en España por las instituciones franquistas bajo el reinado de Juan Carlos I, se explican dichas reticencias.

En efecto, en el moderno Estado Autoritario no existe otra legitimidad que el carisma de su fundador, por definición no rutinizable, y que, en consecuencia, no puede transmitirse una vez desaparecido o debilitado éste, a las instituciones por él mismo creadas. El carisma no es reutilizable. Dichas instituciones no tendrán otra legitimidad que su mera legalidad algo que en la tipología de Weber puede ser suficiente, pero en la realidad política de nuestros días no lo es. Y esa falta de legitimidad afecta al príncipe colocado a la cabeza del Estado, sea con la complacencia del Caudillo autoritario, sea como sucesor de éste. El caso español es el mejor ejemplo de ello.

Ahora bien, el Monarca que se encuentra a la cabeza del Estado Autoritario en esta situación de precaria legitimidad estrictamente legal, está llamado a buscar para sí, para la institución que encarna y la dinastía que pretende asegurar, nuevas fuentes de legitimidad. El carisma no puede heredarse sino adquirirse y la legitimidad tradicional es hoy precaria y, frecuentemente, d propio Estado Autoritario la ha erosionado aún más. En consecuencia, el Monarca necesita encabezar un proceso democratizador, que, por un lado. relegitime las instituciones y entre ellas la Corona y, por otra parte, le permita acceder al carisma propio de los fundadores. De carecer de legitimidad, adquirirá para sí un carisma, para su Corona un fundamento democrático y para su dinastía una tradición renovada. Se trata, simplemente, de aplicar, en una socie-

dad y en una época en que la democracia es la única fuente aceptada de legitimidad, lo que Maquiavelo dijera del Príncipe Nuevo (26).

Para ello el Rey utilizará los propios poderes que el sistema autoritario le atribuye. Así ocurrió en Italia, donde a la hora de desembarazarse de Mussolini se invocó la literalidad del Estatuto Albertino de 1848, depurado de su interpretación parlamentaria por el propio autoritarismo fascista. Y el caso español es paradigmático. El Rey, órgano de soberanía del Estado según las Leyes Fundamentales del Régimen, utilizó y expresamente invocó el Principio Monárquico para designar un gobierno sólo ante el responsable, impulsar una política de reformas democratizadoras, invocar su capacidad de recurso directo al pueblo mediante referéndum y así vencer las resistencias de quienes, atrincherados en la polisinodia propia del sistema autoritario –Consejo del Reino, Consejo Nacional, Cortes– se oponían a las reformas (27).

En una situación diferente, en Camboya ocurrió algo semejante. El titular de la legitimidad tradicional, allí especialmente fuerte, optó sin embargo por un baño de legitimación democrática, recurriendo directamente al pueblo por encima de las instituciones de la Constitución de 1947 que dadas las circunstancias locales podían considerarse pseudorrepresentativas (28).

En todos los casos el proceso es el mismo. Actualizando el prototipo de «Rey patriota» teorizado por Bolingbroke, el Príncipe quiebra la resistencia de los privilegiados en alianza con el pueblo llano y abre el sistema a la participación democrática a la vez que adquiere para sí, la Monarquía y la dinastía, nuevas legitimidades. Es clara la importancia que en aconteceres como los descritos tiene la propia individualidad del Príncipe, su formación política y su actitud psicológica. Cuando la figura del Rey es una personalidad creadora, dice Smend citando a Schlozer, su función integradora además de estimulante es creativa. Pero aún más importante que el carácter individual es la lógica institucional que hace en nuestros días a la Monarquía y su titular aliado e incluso protagonista de la democratización por su propio interés personal, familiar e institucional. Una vez más resulta cierta la vieja formula según la cual la Monarquía es aquel sistema que identifica los intereses de una familia con los del Estado.

* * *

Todo lo hasta aquí expuesto sobre la capacidad integradora, tutelar y democratizadora de la Corona en nuestros días presupone su independencia respecto de los partidos políticos y las fuerzas sociales. Para integrar la comuni-

dad, tutelar la concurrencia y democratizar el Estado, el Rey no puede ser el jefe de una facción, ni siquiera la de la mayoría, sino representar una totalidad más histórica que política y una generalidad que transciende, incluso, a la suma de todos. Invirtiendo lo dicho al principio, cabe afirmar que el Príncipe es el representante por excelencia, más allá de la mecánica electoral, porque representar significa hacer presente y la Corona y su titular actualizan algo que transciende la suma de los votos y la conjunción, incluso favorable de las opiniones: la transcendencia del orden político respecto de la cotidianidad social. En eso consiste la grandeza de la monarquía y a la vez su mayor debilidad en un tiempo propio de las inmanencias.

NOTAS

(1) *Politique*, LXXXIII.

(2) *Allgemeine Staatslehre*, Tubinga, 1905, chap. XX.

(3) «Non pas tant dans le sens qu'il participe effectivement à toutes les fonctions, ou que tous les organs sont néccesairement dans sa subordination […] Il n'est peut-être aucune sphere de l'activité étatique dnas laquelle le chef de l'État puisse tout faire de sa seule volonté la mais il n'en est aucune non plus dans laquelle sa volonté n'apparaisse comme la volonté la plus haute qui soit dans l'État» (Carré de Malberg, *Contribution à la théorie de l'État*, Paris, 1920, II, p. 184). Sobre la supremacía de posición, categoría de la doctrina italiana (Esposito, *«Capo dello Stato», Enciclopedia Italiana del Diritto*, p. 226 s), voir Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 2ª éd., 1916, p. 674.

(4) Carré de Malberg, *op, cit*., p 185.

(5) Duverger, *La Monarchie républicaine*, Paris, 1974.

(6) Tales son respectivamente las tesis de Morrox, *Plato's Cretan City. A Historical Interpretation of the Laws,* Princeton University Press, 1960, sobre todo el capítulo X; y Crossman, *Plato today*, Oxford, 1937, sobre todo chap. 10, «Why Plato failed?».

(7) Cf. Von Fritz, *The Theory of the Mixed Constitutional in Antiquity. A Critical Analysis of Polibius Political Ideas*, New York, Columbia University Press, 2º ed., 1958; y también la introducción de Sabine a su edición de Cicerón, *On the Commonwealth*, Ohio University Press, 1929.

(8) *A History of Political Theory*, New York, 1937, passim.

(9) *«… bonus et sapiens et peritus utilitatis dignitatisque civilis quasi tutor et procurator reipublicae […] rector et gubernator civitatis […] iste est enim quasi consilio et opera civitatem tueri potest» (De republica II*, 51 cfr. *De Officiis*, I. 85).

(10) Desde Augusto en 27, av. J.-C., la esencia del principado fue *«cura et tutela reipublicae universa»* cuya función y *autorictas* eran totalmente diferentes de las otras magistraturas republicanas (von Premerstein, *Vom Werden und Wesen des Prinzipats*, Munich, 1937, sobre todo p. 117-133 et 166-175). Ver el texto de Plinio en *Panegyricus,* p. 61 s. surtout p. 63.

(11) Díez del Corral, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, 1946, sobre todo chap. VI.

(12) Sobre el principio monárquico como categoría histórica del constitucionalismo moderno ver O. Hintze, «Das Monarchische Prinzip und die Konstitutionelle Verfassung», *Presussische Jahrbucher*, 1911, recogido en *Staat und Verfassung*, Göttingen, 1962; pero hace falta subrayar su relación desde el punto de vista político con la democratización de base (ver Naumann, *Demokratie und Kaisertum*, 1900).

(13) Ver J.-M. Benoist. «la Constitution de la Vª République, du mythe maurrassien à une genèse rousseauiste..», *Les Monarchies* (dir: E. Le Roy Ladurie), Paris, PUF, 1986, pp. 307 y ss.

(14) *Verfassung und Verfassungsrecht*. Munich-Leipzig, 1928.

(15) Ver las diferentes monografías de la colección, *Corona Regni, Studien* über *die Krone als Symbol des Staaten im späteren Mittelalter*, Weimar, 1961. Para una visión de conjunto, García Pelayo,

Del Mito y de la Razón en el pensamiento político, Madrid, 1968, pp. 13-64. La alusión simplemente metafórica, à Kantorowicz se refiere a su estudio, ya clásico, *The King's Two Bodies*, Princeton, 1957.

(16) SMEND, op. cit., Iª, 5.

(17) *The English Constitution* (1867), chap. II.

(18) Ver mi libro, *Nacionalismo y Constitucionalismo. El derecho constitucional de los nuevos Estados*, Madrid, 1971, pp. 328 y ss.

(19) Ver el folleto del Ministerio camboyano de Educación Nacional, *La Monarchie cambodgienne et la Croisade royale pour l'indépendance*, AKP, 1962.

(20) KUNZ, *Die Staatenverbindungen*, Stuttgart, 1929, la exposición más completa.

(21) Ver la introducción de R.H.S. CROSSMAN a la edición de Cornell University Press, New York, 1981, pp. 16 y ss. *Op. cit. Parliamentary Government in Great Britain*: *A Commentary,* Londres, 1938.

(22) VON STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Kiel, 1850, t. III, p. 1-41 et 89-103 (ed. preparada por G. SALOMON, Munich, 1921). Este texto (Madrid, 1956), parcialmente traducido por el socialista Tierno Galván y comentado por el liberal Díaz del Corral dio argumentos a los partidarios de la restauración monárquica en España.

(23) JENNINGS, *Cabinet Government,* Cambridge, 1959, p. 382 s et 394 s., para los Anglo-Saxons et Molitor, *La Fonction royale en Belgique,* Bruxelles, 1979. En general, para el continente, ver FUSSILIER, *Les Monarchies parlamentaires*, París, 1960.

(24) A más de las intuiciones, como es el caso de Lord Acton («The rise and fall of the Mexican Empire», 1868, incluido en *Historical Esays and Studies*, Londres, 1907), hay testimonios que dan que pensar, ver ARRAGOIZ, *Apuntes para la Historia del Segundo Imperio Mexicano*, Madrid, 1870. La mayor investigación hasta el presente es la de CORTI, *Maximilian und Charlotte von Mesiko*, 2 vol., Vienne-Zurich-Leipzig, 1924. Sobre el caso brasileño, ver WILLIAMS*, Don Pedro The Magnanimous*, *Second Emperor of Brazil,* Chapman Hill, N.C., 1937.

(25) Ver ARANGUREN, *La cruz de la Monarquía española actual*, Madrid, 1974. La monarquía como horizonte de reformismo democrático ha estado analizada en España por JIMÉNEZ DE PARGA (*Las Monarquías europeas en el horizonte español*, Madrid, 1966) y OLLERO (*Dinámica social, desarrollo económico y forma Política*, Madrid, 1966).

(26) Ver mi artículo «El Rey Legítimo», *Sistema*, 6, 1974, pp. 119 y ss. donde yo anunciaba la necesaria actitud democratizante del futuro Rey de España.

(27) Ver mi libro *El Principio Monárquico. Un estudio sobre la soberanía del Rey según las Leyes Fundamentales*, Madrid, 1972; un estudio que ha dado instrumentos jurídicos para la transición democrática después de la muerte de General Franco. (cf. PALACIO ATTARD, *Juan Carlos I y el advenimiento de la democracia*, Madrid, 1988, pp. 27 y ss).

(28) Cf. GOUR, *Institutions constitutionnelles et politiques du Cambodge*, Paris, 1965, pp. 137 y ss.

13. TERRITORIO ESTATAL Y TERRITORIO COLONIAL

INTRODUCCIÓN

En ocasiones anteriores, y siguiendo pareceres e intentos de autoridad y envergadura mayores, he señalado la necesidad de reconstruir una Teoría Tópica del Estado, si es que, según ya añoraba Barthélemy, el «estudio del Derecho público ha de ser una ciencia de realidades» (1). Se trata, sin más, de abandonar el pensar deductivo y examinar la solución concreta que la práctica jurídica ofrece a cada problema político. De acuerdo con este ambicioso proyecto, en las páginas que siguen trato de abordar una de las cuestiones más clásicas, debatidas y oscuras de la Teoría General del Estado –la naturaleza de su territorio– sobre la base de la reciente doctrina del Consejo de Estado español, calificando como distintos el territorio metropolitano de un Estado y el colonial, que administra con plena competencia soberana.

La raíz de la cuestión no es, evidentemente, la especulación teórica, sino que fue impuesta por «los nuevos vientos de cambio» que en el último decenio han conmovido la presencia europea en África. En efecto, la política colonial española en África Ecuatorial y Occidental ha discurrido entre la omnipotencia narcisista y el duro principio de la realidad, y las normas jurídicas no dejaron de reflejar dicha tensión y sus no siempre saludables manifestaciones. Así, en una primera fase, dichos territorios se consideraron simples colonias de explotación; en una ulterior, llamada de provincialización, se intentó asimilarlas a la Metrópoli en los mismos años en que todas las potencias europeas, con excepción de Portugal, renunciaban a instrumentar su dominio a través del imperio político; por último, sobre la base de las enfáticas fórmulas provincializadoras,

la descolonización impuesta por la presión exterior e interior revistió el carácter de independencia en Guinea Ecuatorial, de cesión en Ifni y se apunta hoy como autodeterminación en el Sahara (2).

En los dos primeros casos (3), el Consejo de Estado se vio llamado a intervenir para dilucidar los problemas formales creados por el hecho de que los territorios a ceder, o a independizar aparecían a primera vista como provincias españolas integrantes del territorio nacional. En ambos, el Alto Cuerpo hubo de ocuparse de problemas de la más diversa índole, como declarar la no vigencia actual de la Constitución de 1876, interpretar literal y sistemáticamente los preceptos de la Ley Orgánica del Estado de 1967, recordar algo tan elemental como la independencia del carácter plenario de las competencias soberanas del Estado respecto de su extensión territorial, examinar el espinoso problema de la autoctonía constitucional de los nuevos Estados nacidos de la descolonización (4) y, sobre todo, configurar la noción del territorio nacional.

Que el más Alto Cuerpo Consultivo de la Administración del Estado haya sido requerido en cuestiones simplemente formales y sobre puntos como los tres primeros de los citados revela –entre otras muchas cosas lamentables– la actual situación del Consejo, que contrasta con la función desempeñada antaño con relación a casos análogos. Que, a partir de consultas de carácter procedimental y de muy rudimentario nivel, el Consejo haya sentado unos criterios de calificación del territorio nacional bastante precisos es una buena muestra de las posibilidades de acción de dicho Cuerpo Consultivo si sus servicios fueran debidamente utilizados por la Administración activa.

Creo, por tanto, tema adecuado para contribuir al *Libro Jubilar,* con el que esta institución celebra una importante efemérides, la noción de territorio nacional, tal como resulta de los dos dictámenes citados, prolongando sus líneas de argumentación, examinando a su luz la condición de otros territorios españoles –especialmente el del Sahara– y señalando algunas consecuencias de interés teórico, a mi parecer, notables Con este fin trataré, en primer lugar, el *status quaestionis* de *la distinción entre territorio colonial y metropolitano,* tal como hasta la intervención del Consejo la aceptaban o rechazaban doctrina y práctica de las potencias coloniales (I); en segundo término, la *configuración formal del territorio* que se desprende, de los citados dictámenes (II); y, por último, *los criterios materiales de calificación,* más esbozados que formulados por el Alto Cuerpo (III). Unas *conclusiones* tratarán de exponer las consecuencias de esta elaboración doctrinal para la Teoría General del Estado *in fieri.*

I) TERRITORIO METROPOLITANO Y TERRITORIO COLONIAL: DISTINCIÓN Y CALIFICACIÓN

1) **La calificación homogénea contrariada por los hechos**

Para el Derecho internacional clásico, la homogeneidad jurídica del territorio sometido a la soberanía del Estado resulta de la responsabilidad única de dicho Estado por los hechos acontecidos en el espacio en que ejerce sus competencias. Territorializado el poder político y depurado su titular institucional de toda concepción patrimonial, la calificación que el Derecho interno haga del territorio en cuestión resulta, para esta doctrina, irrevelante, puesto que, cualquiera que sea la condición que se le atribuya, «metropolitano o colonial, el territorio sólo es uno» (5).

Si la tesis de la calificación homogénea, acuñada entre los internacionalistas, pasa de éstos a los tratadistas de Derecho público interno, es en el orden internacional donde su revisión en pro de la calificación heterogénea obtiene una más rotunda consagración, primero, en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones y, después, en el Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, ha sido en el plano del Derecho constitucional y administrativo de cada Estado donde la calificación heterogénea se ha impuesto, siempre materialmente y, frecuentemente también, con carácter formal. Tal es el ángulo desde el que abordaré la cuestión, prescindiendo de los aspectos paralelos que ofrece el Derecho internacional.

Un examen de la práctica seguida por las potencias coloniales modernas –Gran Bretaña, Francia, Portugal, Holanda, Bélgica, Estados Unidos, Italia y Alemania– muestra la doble interpretación que se ha dado del territorio ultramarino sometido a dominación colonial (6). De una parte, dicho territorio se considera sujeto a la plena competencia del Estado colonizador, pero en cuanto específico territorio colonial y no como parte del territorio metropolitano. Este es el sistema seguido en el Imperio Británico, donde las colonias son dominios de la Corona, a la que deben fidelidad y en las que ésta ejerce jurisdicción y, por tanto, también el Parlamento, pero que nunca se han calificado como parte integrante del Reino Unido (7). La evolución ulterior del Imperio ha permitido comprobar que la extensión de los dominios de la Corona excede con mucho a la del territorio británico e, incluso, no faltan casos –v. gr., Tanganyka– en los que la cancelación de las competencias metropolitanas sobre un territorio no autónomo se obtiene mediante la conversión del mismo en parte de los dominios de Su Majestad. Así, la suprema instancia en materia judicial no es la Cámara de los Lores, sino el Consejo Privado, y la introduc-

ción más allá de la *Common Law,* eventualmente importada por los colonos, de derecho escrito, no tiene lugar mediante una Ley del Parlamento Imperial, sino por Órdenes de la Corona. Análogamente, el legislador italiano distinguió entre territorio colonial y metropolitano (8), y el mismo sistema siguió el Segundo Reich respecto de las posesiones ultramarinas del Imperio (9). En cuanto a los Estados Unidos, la distinción inicial y, la asimilación progresiva encuentran su fundamento histórico en la *Northwest Ordinance* de 1787, y su más claro exponente ha sido la evolución de la condición jurídica de Alaska o Hawai hasta convertirse en Estados de la Unión. Entre ambos extremos, ha sido la práctica y, especialmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema quien construyó las diversas categorías –Possessions, Unincorporated territories, Incorporated territories, Commonwealth o Estado Libre Asociado—, expresivas todas ellas de la situación de territorios que, sin ser extranjeros a la Unión, no forman parte de ella (10).

Frente a esta posición, mantenida oficialmente por las cuatro potencias mencionadas, las restantes –Francia, Portugal, Holanda y Bélgica– dedujeron de la plenitud de la competencia territorial del Estado sobre sus posesiones coloniales la homogeneidad jurídica del espacio sobre el que se ejerce dicha competencia. Esta tendencia se enraíza en las aspiraciones igualitario-anexionistas de la Revolución Francesa (11), revive en la era del Imperialismo y sirve, en la última fase del colonialismo, para camuflar, so capa de asimilación, una situación de dominación. Así, las Constituciones de Portugal y de Holanda incluyen las colonias en la definición territorial del Estado (12); en Bélgica, la Ley de 1908, relativa a la anexión del Congo, supone, según la más autorizada interpretación, la conversión del suelo congoleño en territorio belga (13), y en Francia, hasta 1958, fue dogma el carácter francés del territorio de las «colonias incorporadas» (14). Sin embargo, un examen detenido de los sistemas jurídicos amparados bajo estas etiquetas asimilacionistas demuestra que ni el ejercicio de una competencia territorial plena ni la misma integración formal convierten el territorio colonial en idéntico al territorio metropolitano. En efecto, tomando por guía a uno de los más doctos expositores de la tesis asimilacionista (15), pueden señalarse como consecuencias lógicas de la pretendida homologación del territorio, nacional y el colonial la *nacionalidad común* de los naturales de ambos, la *común organización* política y administrativa, la *carencia de personalidad internacional* por parte de las colonias y –siguiendo siempre al autor citado– la *libre disposición del territorio colonial* por parte del Estado. Ahora bien, la realidad concreta de cada sistema colonial demuestra que, atendiendo a tales criterios de calificación, la tesis favorable a la asimilación resulta insostenible.

Así, en cuanto a la nacionalidad, lo que es evidente es que los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta a los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia, pero la constatación no pasa de este aspecto negativo. Sin embargo, en la nacionalidad, no sólo se expresa la situación de dependencia respecto de un Estado, sino, como señala Makarov, el fundamento de ciertos deberes y derechos entre los cuales destacan los inherentes al *status civitatis.* Ahora bien, si la nacionalidad es función de una determinada condición jurídica, a la pluralidad de éstas no puede corresponder una nacionalidad homogénea. Si la población de un Estado es homogénea –afirma el autor citado–, no hay motivo para descomponer la nacionalidad en varios estatutos jurídicos diferentes. Si, por el contrario, se compone de una pluralidad de grupos distintos sometidos a órdenes jurídicos especiales, es preciso construir dos o más especies de nacionalidades, para afectar a cada una de ellas diversos derechos y deberes (16). Este es, precisamente, el caso de los Estados coloniales donde, ya se distinga entre súbditos y nacionales, reservando solamente a los metropolitanos esta segunda calidad, ya existan diferentes ciudadanías jerarquizadas, ya se extienda, incluso, la nacionalidad a todos los súbditos, es constante la restricción del *status civitatis* a un sector de la población, que coincide con la metropolitana. Ello es así hasta el punto de que, a efectos de calificar una situación como colonial, sería índice muy valioso el grado de extensión de la ciudadanía plenaria entre los súbditos; el caso sudafricano resultaría el más llamativo en esta valoración, pero en manera alguna el único.

Atendiendo exclusivamente al *status civitatis,* es obvio que los sistemas coloniales asimilacionistas no lo han extendido a través del territorio nominalmente incorporado. Así, en las Indias Holandesas se distinguió entre *Staat van Naderlanden* (= nacionalidad metropolitana) y *Nederiansdie Onderdanen* (= sujección colonial); en el sistema italiano había, aparte de los ciudadanos metropolitanos, *citadini coloniali, sudditi coloniali* y, desde 1934, *citadini italo-libici,* naturalizables en Italia; en el Congo Belga, la Carta de 1908 distinguía entre belgas congoleños inscritos y extranjeros, de una parte, y, de otra, indígenas no inscritos, distinciones todas ellas que servían de base a *status* jurídicos muy diferentes (17).

Sin embargo, el exponente más claro del distinto alcance de la condición de nacional en la Metrópoli y en las colonias lo ofrece Francia, donde la incorporación no supuso la extensión de la ciudadanía a todos los nacionales franceses de Ultramar hasta la Ley Lamine Gueye de 7 de mayo de 1946. Aun así, en materia de «derechos y libertades inherentes a la cualidad de ciudadano francés», la paulatina y rápida equiparación en cuanto a los derechos-límite y

oposición –trabajo, reunión, asociación, sindicación, prensa, enseñanza– contrastaba con la discriminación respecto al *status activae civitatis,* especialmente en materia de derecho de sufragio, que perduró en los Territorios de Ultramar hasta 1956 y en Argelia, reiteradamente calificada de «prolongación de Francia», hasta 1958. En este caso, la comunidad de nacionalidad definitivamente adquirida en 1953 sobre la base del Código de 1945 no llegó a suponer una homogeneidad en cuanto a la ciudadanía (18).

Por último, en Portugal, la integración formal de los territorios ultramarinos no ha impedido que, hasta fecha muy reciente, la condición jurídica de los súbditos-indígenas fuese muy distinta de la de los ciudadanos y asimilados, especialmente en materia de trabajo forzado y toda clase de derechos políticos (19). La situación legal, sin embargo, ha evolucionado en un sentido notoriamente asimilacionista a partir del Estatuto del Indígena de 1954, que considera dicha situación como «transitoria», hasta la abolición del «indigenato» en 1961, según revela, entre otras normas, el Código de Trabajo Rural de 1964, en el que se elimina, *de iure,* toda discriminación (20).

En todos estos casos y, *a fortiori,* el de aquellos que no pretenden la asimilación, la condición de súbdito no implica para el indígena del territorio colonial los derechos-límite, de participación y de crédito que caracterizan, en el Derecho público contemporáneo, la ciudadanía. Sin pecar de generalidad excesiva, puede afirmarse que, en conjunto, tales derechos no existen en la colonia o son muy restringidos, salvo en algunos casos, y nunca en pie de igualdad con los ciudadanos metropolitanos, para lo que Sir Ivor Jennings denominara «oligarquía importada» y los escasos elementos indígenas asimilados (21).

Respecto de la organización político-administrativa común, la tesis asimilacionista abarca dos aspectos. De una parte, el territorio en cuestión no debe gozar –ni sufrir– una organización política propia, sino que debe extenderse a él la organización metropolitana. De otro lado, en contrapartida a la inexistencia de un aparato político propio, la participación política en el Estado debe organizarse en el territorio supuestamente asimilado en pie de igualdad con los territorios asimilantes. Ahora bien, la práctica de los sistemas asimilacionistas supone la quiebra de ambas exigencias. Las peculiares circunstancias del territorio en cuestión exigen una Administración local peculiar de carácter marcadamente autoritario e incluso una especialización de los órganos centrales. La extensión de la organización administrativa local de la Metrópoli no deja de ser puramente nominal o, cuando se pasa de los solos nombres a las instituciones, discurre por caminos muy distantes a los del territorio de origen. Es, sin duda, el caso francés el más significativo en este sentido (22). Cuando, universalizada

la ciudadanía, se intenta por la Loi-Cadre de 1956 configurar los TOM como entidades locales autónomas dentro de los esquemas de la Constitución de 1946 y de la tradición administrativa de la República, el resultado es crear en cada uno de los territorios instituciones protoestatales de carácter parlamentario, cuya conversión en Estados, aptos para la independencia, se daría, sin solución de continuidad, dos años más tarde.

Análogamente, la anexión constitucional de las posesiones ultramarinas de Portugal, Holanda y Bélgica no oculta la dualidad entre la organización política metropolitana y la de los territorios coloniales cuyo exponente formal es el constante principio de no aplicación a las colonias de la Constitución del Estado (23). Es cierto que, en Portugal, el asimilacionismo lleva a incluir en el mismo texto constitucional el Acta Colonial en 1951, pero dicha tendencia es de hecho paralela a una mayor desconcentración administrativa, que compagina las peculiaridades de la Administración ultramarina con su rígido sometimiento al Gobierno metropolitano (24).

Es cierto que, en numerosos Estados, porciones de su territorio nacional se encuentran sometidas a una situación especial, tanto en cuanto a la organización político-administrativa de las mismas como al ordenamiento jurídico en ellas vigente, sin que en manera alguna pueda concluirse de ello la condición colonial del territorio en cuestión: baste pensar en los territorios federales de la India o la Unión Soviética, o en la especial situación de Escocia, en el Reino, Unido, y de Navarra o las Islas Canarias, en España. Ahora bien, todos estos casos, y otras peculiaridades análogas de carácter territorial que ofrece el Derecho público comparado, pueden reconducirse a dos grandes grupos. De una parte, aquellos supuestos en los que el subdesarrollo político, económico o social de un territorio impide extender al mismo la organización político-administrativa general y aconseja su promoción acelerada a través de un determinado sistema de gobierno. Tal es, v. gr., el supuesto de los territorios sometidos a la administración central en la India o en la Unión Soviética. De otra parte, no es raro que existan en un Estado unitario «diversidades locales de legislación sin pluralidad de legisladores» (25), situación normalmente complementada con instituciones administrativas específicas, dotadas de cierta autonomía. Tal es el sistema de la «unión incorporada», cuya finalidad consiste en preservar peculiaridades históricas, como demuestran los ejemplos antes citados de Gran Bretaña o España.

Frente a la finalidad de ambos sistemas –promoción y conservación, respectivamente–, el Estado colonial pretende instrumentar jurídicamente una situación de dominación y, por tanto, lo que el viejo Ihering denominara «el fin en el Derecho» impide equipararlos a efectos de la calificación jurídica del

territorio. Los intereses que sirve el régimen jurídico administrativo colonial se ponen de manifiesto de maneras diversas –una de ellas la no equiparación de los súbditos coloniales a los ciudadanos metropolitanos–, pero aquí interesa destacar su carácter autoritario y oligárquico, esencial a un sistema que, en frase de Ziegler, es «incapaz de ceder sin perecer». En efecto, normalmente, las colonias están gobernadas preponderante, cuando no exclusivamente, por un cuerpo de burócratas, dirigidos por un Gobernador civil y militar, responsable ante el Gobierno de la Metrópoli, a través de un órgano especializado de la Administración central. La autonomía, cuando se configura mediante la devolución de competencias a Magistraturas y Asambleas representativas, nunca puede ir más allá de las fórmulas diárquicas esto es, de la reserva de las competencias fundamentales –y de la decisión última– al representante de la Metrópoli (26). Ahora bien, el gobierno no representativo o, a lo más, diárquico, lleva como consecuencia que los elementos indígenas sean excluidas de los puestos de mando, reservados a funcionarios coloniales.

El autogobierno, que parece, pues, reñido con el sistema colonial, no se obtiene tampoco, en la práctica, mediante la participación de la colonia en la vida política del Estado colonizador. Las dependencias coloniales británicas, neerlandesas, belgas, estadounidenses, alemanas e italianas nunca han enviado representantes a las Asambleas legislativas de sus respectivas Metrópolis, pese a la integración preconizada por los textos constitucionales holandés y belga. Pero incluso los Estados que se han decidido por la representación colonial en sus respectivos Parlamentos –Portugal y Francia– han llegado, en la práctica, a una solución muy semejante. Así, los territorios portugueses de Ultramar, que miden 2.095.050 kilómetros cuadrados, frente a 88.620 de la Metrópoli, y su población excede a la de ésta en cerca de cuatro millones de habitantes, envían veintidós diputados a la Asamblea Nacional, compuesta de ciento veinte (27). En cuanto a Francia –la potencia que más lejos ha llevado el principio de asimilación real–, los territorios extraeuropeos, constitucionalmente integrados en la República, se hallaban claramente subrepresentados desde un punto de vista simplemente cuantitativo –cuarenta y tres diputados por cuarenta y ocho millones de habitantes en el caso más favorable–, sin perjuicio de que la restricción del sufragio o el mantenimiento del doble colegio redujese en gran medida el carácter democrático de la representación. Así, Argelia, anexionada en 1834 al territorio metropolitano, departamentalizada en 1848, con organización municipal desde 1868, mantiene el doble colegio electoral hasta 1958 y nunca alcanzó la representación proporcional con el territorio francés europeo en la Asamblea Nacional (28).

En tercer lugar, las dependencias coloniales nunca han carecido de toda personalidad internacional, aunque ésta aparezca restringida por las competencias de la Metrópoli. Buena prueba de ello son : la cláusula colonial hoy en desuso, determinante de un régimen convencional especial, la participación en uniones administrativas, la doble representación de las potencias administradoras en ciertas Organizaciones internacionales y, fundamentalmente, los artículos 1 y 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones y el Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas, tal como ha sido interpretado por la práctica de la Organización (29).

De los criterios de calificación homogénea arriba apuntados, sólo el último de ellos parece realizarse plenamente; pero la libre disposición de los territorios «anexionados» más bien parece avalar la heterogeneidad de su condición jurídica respecto del territorio metropolitano. Los territorios han servido de moneda de cambio en el mercado de una política de poder, en tanto en cuanto, en la Europa del siglo XVIII y del Directorio, imperó la mecánica del *principio del equilibrio,* que reducía los espacios al soporte material de un Imperio. Sin embargo, en la medida en que el *principio de las nacionalidades* introdujo un criterio de legitimidad material en las relaciones de los Estados europeos, el territorio –convertido en territorio nacional y como tal garantizado frecuentemente en la Constitución– se consideró inalienable y, por imprescriptible, reivindicable, resultando inconcebibles, respecto del «solar patrio», las transacciones territoriales frecuentes en las posesiones ultramarinas, donde seguía rigiendo el principio del equilibrio en toda su crudeza (30). Es curioso señalar que, cuando se quiso excluir los territorios coloniales del libre comercio de los Estados, fue en razón de un *principio de legitimidad de la Administración colonial,* destinado a convertirse en principio de las nacionalidades.

De esta manera, la libre disposición del Estado sobre sus posesiones territoriales se convierte en argumento en pro de la llamada calificación heterogénea, puesto que no se da respecto del territorio metropolitano y contrasta con las frecuentes garantías constitucionales de este último. Así, para citar el solo ejemplo francés, mientras las anexiones territoriales al «hexágono» de Tende y la Brigue se han realizado en virtud de plebiscito, de acuerdo con la Constitución republicana de 1946 (art.º 27) (31), la cesión de los establecimientos franceses en la India, a excepción de Chandernagor, tuvo lugar mediante Tratado, sin que mediara plebiscito alguno y en contra de la voluntad presunta de la población (32). Análogamente, los TOM, integrados en la República, se transformaron en Estados, autónomos primero e independientes después, sin que se entendiera aplicable el artículo 53 del texto de 1958, cuyos anteceden-

tes en la historia constitucional francesa nunca se han estimado aplicables a las fronteras coloniales (33). En todos estos casos se consideró, pues, que la garantía constitucional de la integridad del territorio nacional no se extendía a los espacios que, aun incorporados a la República, constituían materialmente dependencias de la misma.

2) **Las doctrinas de la calificación heterogénea**

Esta realidad palmaria exige concluir que la condición jurídica del territorio colonial no es la misma que la del territorio metropolitano, cualquiera que sea la denominación de aquél. Sin duda que la descolonización puede tener lugar por la fusión de la colonia con la Metrópoli en una entidad superior; los ejemplos no escasean y así lo ha reconocido el anticolonialismo militante de las Naciones Unidas (34); pero la integración del antiguo territorio colonial en el metropolitano no puede resultar de una mera denominación formal, sino de una calificación material. Concluir la homogénea condición de ambos territorios, aun reconociendo que «la legislación dictada para las diversas, poblaciones difiere... y el grado de participación de las poblaciones coloniales en la designación de los gobiernos nacionales puede ser débil o incluso nula» (35), no deja de constituir una «expresión notoriamente carente de sentido» (36).

Sentada la tesis de la calificación heterogénea, tres han sido las principales posiciones doctrinales a la hora de construir jurídicamente la diversa condición del territorio metropolitano y del colonial. Para unos, este último constituye una «dependencia estatal» sobre la que se exterioriza la competencia del Estado colonizador, sin llegar en ningún caso a la fusión. Como en su día señalara Laband respecto de las posesiones ultramarinas alemanas, «los territorios protegidos pertenecen al Imperio..., pero no están incorporados a él; no forman parte de esta porción del globo que constituye la base material de la personalidad política del Imperio ; no son sus elementos, sino dependencias de su territorio» (37). Otros, por su parte, han considerado que el territorio colonial es objeto de dominación, pero no elemento constitutivo del Estado. Tal parece ser la posición dominante entre los italianos que, citando frecuentemente las tesis políticas de Jules Harmand, distinguen, con terminología diversa, dentro del territorio sometido a soberanía del Estado, un territorio metropolitano –que llamaré nacional– y un territorio colonial (38). El primero, esencial e inmanente al Estado, se halla constitucionalmente garantizado; el segundo está en relación de trascendencia

respecto del mismo Estado y constituye «una dependencia exterior y separada, cuya adquisición y pérdida no aumenta o disminuye la verdadera configuración estatal» (39).

Tales concepciones se basan en la ficción tradicional de los elementos esenciales del Estado y conducen a conclusiones antropomórficas inaceptables a una aproximación realista al fenómeno jurídico. Como señala el grande G. Scelle, el territorio no es sino el límite de la competencia estatal. Ahora bien, si «no tiene otra justificación jurídica que delimitar las competencias..., la explicación del fenómeno jurídico colonial es mucho más simple y se resuelve en un reparto y superposición de competencias» (40); esto es, el centro de gravedad para calificar el territorio se traslada desde su materialidad física a la competencia, es decir, siguiendo al mismo Scelle, «un poder de producir actos con eficacia social» (41). Un clásico como Jellinek apuntaba una solución análoga cuando, en oposición a las viejas doctrinas dominicales, afirmaba que, en relación con el territorio, correspondía al Estado un *imperium,* esto es, «poder de mando... sólo referible a los hombres», concluyendo que «el derecho al territorio de que habla el Derecho político no es, pues, sino un reflejo de la dominación sobre las personas...» (42). Volviendo desde este planteamiento general al tema estudiado, resulta que la calificación –homogénea o heterogénea– del territorio dependerá de la calificación de la competencia. La condición del territorio colonial será distinta de la del metropolitano, aun cuando los mismos gobernantes y agentes ejerzan competencias en uno y otro, cuando dichas competencias sean heterogéneas, porque, en términos de Scelle, «la colectividad colonizada es distinta de la colectividad metropolitana» y, en consecuencia, «los sistemas jurídicos de ambas comunidades son necesariamente diferentes, porque se dirigen a grupos cuyas necesidades –y habría que añadir intereses– se encuentran recíprocamente en los antípodas» (43).

Tal es la doctrina –válida para una tesis monista como la del propio Scelle y para una posición que atienda exclusivamente al solo ordenamiento estatal– que se intuye en la raíz de los dictámenes del Consejo de Estado a la hora .de calificar los territorios de Guinea Ecuatorial e Ifni como nacionales o coloniales y de ella pueden extraerse importantes consecuencias.

3) **El problema de la calificación de los territorios españoles en África**

La doctrina española anterior a los dos dictámenes del Consejo no parece haberse planteado el problema de la condición jurídica del propio terri-

torio nacional y, por tanto, tampoco de su identidad o distinción respecto del colonial.

El tradicional asimilismo castellano, acuñado en la reconquista peninsular y trasplantado a las Indias, permitió *inventar* una tradición imperial favorable a la calificación homogénea del territorio, por más que, en el antiguo régimen, los territorios ultramarinos no dejaran de ser distinguibles y aun separables; pero, en todo caso, el problema de la calificación jurídica no puede remontarse, en la historia de la Teoría del Estado, más atrás de la racionalización jurídica que supone el constitucionalismo, cuya instauración coincide, al menos en España, con el tránsito desde una fórmula arcaica a un tipo moderno de imperialismo cuasicapitalista (44). Durante la mayor parte del siglo XIX –desde 1836 a 1898– la calificación que en España se da a las posesiones ultramarinas es sumamente ambigua (45), incluso a nivel de las normas (46), salvando los períodos de vigencia de la Constitución de 1812 y el proyecto federal de 1873. Sin embargo, dos puntos aparecen suficientemente claros. Por una parte, la «incorporación» a la Monarquía no excluía la condición de colonial, ni la condición jurídica de la Península e islas adyacentes –incluyendo Canarias– era equiparable a la de los otros territorios de soberanía española, tanto en lo referente a su ordenamiento jurídico como a la condición de sus habitantes. De otro lado, según ha puesto de relieve la investigación histórica esbozada por Roberto Mesa (47), la «colonia» se entiende como una situación radicalmente distinta a la de la provincia y consiste en una forma de dominación y explotación en beneficio de la Metrópoli.

Tal es la situación que, perdidas las Antillas y las posesiones del Pacífico, se prolonga con relación a los territorios africanos. Por razones obvias, los aspectos diferenciales de las viejas «provincias de Ultramar» se intensifican en este caso. Los pocos tratadistas de asuntos coloniales siguen insistiendo en la importancia económica de aquellas zonas como campo de explotación e incluso sus tesis plasman en el Derecho positivo (48), pero no parece preocuparles el tema de su calificación jurídica (49). Si ciertamente no faltan posiciones doctrinales favorables a la calificación heterogénea, aunque sin referencia al caso español, solamente por vía negativa puede inducirse la no integración (50). En esta situación de ambigüedad, las normas, provincializadoras más adelante citadas, interpretadas por la doctrina unánimemente en el sentido de la plena integración (51), parecen suponer una consagración de la tesis favorable a la homogeneidad, a partir de la cual la ineludible descolonización podía dificultarse, primero, y servir, después, como precedente a la desmembración territorial del Estado.

II) LA CONFIGURACIÓN FORMAL DE LOS TERRITORIOS METROPOLITANO (NACIONAL) Y COLONIAL

1) **La calificación durante la fase colonial: encuesta terminológica**

En el período de tiempo que se extiende desde la ocupación española hasta la llamada provincialización –en Guinea desde 1778, en Sahara desde 1885, en Ifni desde 1934, hasta 1956 en los tres casos–, los territorios del Golfo de Guinea y de África Occidental se consideraban formalmente como colonias.

Con relación al primero, estimó el Consejo que dicha condición supone la alteridad del territorio colonial respecto del nacional, «según se deduce claramente de la normativa española en la materia, especialmente del Bando del Gobierno General de 27 de mayo de 1858, del Real Decreto de 13 de diciembre del mismo año, del Real Decreto de 11 de julio de 1904 y de la Ordenanza General de 27 de agosto de 1938, cuya Exposición de motivos califica las citadas posesiones como "territorios que, sin formar parte del suelo de la patria, están sujetos a su imperio"» (caso de Guinea). A conclusión análoga llega el dictamen relativo al caso de Ifni sobre la base de la calificación colonial atribuida por las correspondientes normas, como, v, gr., el Decreto de 19 de agosto de 1934, que contempla la organización colonial como la definitiva que ha de corresponder al enclave, y el Decreto de 20 de julio de 1946.

La importancia de las denominaciones es siempre grande, especialmente en el Derecho, forma de lenguaje, y por ello me parece adecuada en extremo la atención dedicada por el Consejo a la terminología utilizada por el legislador con relación a los territorios en cuestión, máxime cuando el problema suscitado por la «provincialización» tiene su raíz en una mera cuestión terminológica, a saber: el cambio de denominación de una Dirección General. Sin embargo, una encuesta como la esbozada por los citados dictámenes, aun llevada a su término, no es concluyente, si bien parece apoyar la calificación heterogénea, al menos durante la fase anterior a la provincialización, y, en todo caso, a desvalorizar el alcance normativo de las denominaciones.

En efecto, disposiciones tan distintas como la Ley de 7 de junio de 1940, relativa a la concesión en exclusiva de vuelos a la Compañía Iberia; las Órdenes de 21 de noviembre de 1941, referentes a la autorización de investigaciones científicas ; el Decreto de 30 de noviembre de 1944 o el de 29 de diciembre de 1948, relativos a los yacimientos de uranio y minerales radiactivos, asimilan, como distintos del metropolitano, los territorios colonial y de protectorado, es decir, territorios que España administra con plenitud de competencias,

pero sin confundirlos con el propio nacional (52). Esta heterogeneidad de condición jurídica entre ambas clases de territorio se pone de manifiesto en las más diversas ocasiones, ya sea al regular la caza, los aprovechamientos forestales o —con fórmula enigmática— los honores militares (53).

Es cierto que durante la misma fase colonial pueden rastrearse testimonios verbales favorables a la calificación homogénea (54), enfáticamente afirmados tras la provincialización; pero también es verdad que, con posterioridad a ésta, se siguen dictando normas que distinguen Metrópoli y colonia como diferentes categorías formales. El Consejo citó por vía de ejemplo, en el caso de Guinea Ecuatorial, el Reglamento de Pesas y Medidas de 18 de junio de 1959, y en el mismo sentido podría mencionarse, entre otros, el Reglamento de Explotación de Hidrocarburos de 12 de junio de 1959 (55).

Sin embargo, el más valioso resultado de esta encuesta terminológica tal vez sea poner de manifiesto la irrelevancia de la denominación provincial a efectos de la calificación jurídica del territorio. Se tropieza aquí con el carácter ambiguo de todo lenguaje y, en consecuencia, también del jurídico. Cuando los términos no se definen, es decir, ni se precisa su referencia semántica ni sus reglas de utilización, tienen el sentido que les da su acepción vulgar; pero, incluso cuando se lleva a cabo una definición, el lenguaje legal incide en el vulgar (56).

Como señala Ross, «las palabras son vagas, esto es, tienen un campo de referencia indefinido consistente en un foco o zona central y una nebulosa de incertidumbre» (57) que sólo concreta su significado en un contexto. Ahora bien, en el caso de «provincia», el foco o zona central es su acepción vulgar de «circunscripción administrativa» y, a partir de ella, diversas estructuras pueden dar lugar, sin salir del campo del Derecho, a otras tantas acepciones técnicas. Sirvan a modo de comprobación introductoria dos ejemplos tomados de órdenes jurídicos bien diferentes. En la organización colonial de la India británica, «province» significaba –con notable rigor etimológico– una circunscripción para la administración directa de los territorios sometidos, subsiguiente a la *debellatio;* pero, desde la *Government of India Act* de 1935, el término adquirió la significación de unidad federada, en muchos puntos análoga a la de su homónima canadiense, y éste es el sentido que ha conservado en el Derecho constitucional pakistaní. El mismo término de «provincia», en el Código de Derecho Canónico, significa, ya la reunión de varias diócesis bajo la presidencia de un Metropolitano –provincia eclesiástica (canon 272)–, ya «la unión de varias Casas entre sí bajo un mismo Superior formando parte de una religión» –provincia religiosa (canon 488-6.º)–. Los ejemplos podrían multiplicarse fácilmente.

En el Derecho español, «provincia», desde 1833, tiene una acepción de división territorial de carácter unitario para el ejercicio de la competencia del Gobierno nacional y otras más que recoge la Ley de Régimen Local; pero esta significación, con ser indudablemente la principal; no es la única, de manera que, en distintas estructuras normativas, «provincia» (= circunscripción administrativa) puede referirse a realidades bien diferentes. Así, por ejemplo, sobre la división departamental del litoral de las Ordenanzas Generales de la Armada de 1793 (Tít. 3.º, art. 2.º), la Ordenanza de Matricula de 12 de agosto de 1802 introdujo una división, en «provincias o tercios» que aún hoy subsiste como circunscripciones fundamentales de la jurisdicción de las Autoridades marítimas (58). Claro es que dichas circunscripciones, aunque con igual nombre, son de origen distinto a las creadas por todo el territorio en 30 de noviembre de 1833 y en muchos casos no coinciden con ellas. La denominación de «provincia» no equivale necesariamente, por tanto, a la provincialización en el sentido que da al término la Ley de Régimen Local.

Esta concreción del significado por la estructura es notoria en el caso de los territorios africanos. Así, el Decreto de 4 de julio de 1958, referente a la organización marítima del litoral, afirma en su Exposición de motivos «Los Decretos de 23 de marzo de 1946 y 12 de diciembre de 1947 fijaron la división del Africa Occidental Española en *una provincia y varios distritos marítimos.»* El Decreto de 10 de enero de 1958 establece, en su artículo 1.º, que los territorios del A.O.E. «se hallan integrados por dos provincias, denominadas Ifni y Sahara Español. El dictado de esta última disposición obliga a adaptar la organización del litoral a la nueva división...». Esto es, el citado texto supone que, con anterioridad a la norma a la que usualmente se atribuye la «provincialización», ya existía en A.O.E. una «provincia» –unidad de administración de litoral por la Autoridad de Marina– y se limita a modificar una división anterior. La utilización del término en cuestión, con independencia de las normas provincializadoras, es aún más clara en la Ordenanza del Gobierno General del A.O.E. de 3 de febrero de 1955, referente a la organización postal, es decir, un año anterior al Decreto que cambió el nombre de la Dirección General, en cuya Exposición de motivos se consagra a la vez la calificación heterogénea del territorio colonial respecto del nacional y se utiliza, para ambos, la denominación de «provincia»: «... a fin de que su *organización provincial* y local responda lógicamente a la establecida en todo el *territorio nacional y colonias españolas...».*

De lo expuesto resulta que la denominación provincial se utiliza frecuentemente en el Derecho administrativo y particularmente con referencia a los territorios africanos en diferentes acepciones y sin prejuzgar su condición

jurídica. Si «provincia» significa o no lo mismo que en la Ley de Régimen Local, sólo es posible determinarlo atendiendo a la estructura normativa en la que el término esté insertado, planteamiento que justifica las consideraciones que siguen. A falta de rigor formal, las palabras sólo obtienen referencia semántica en cuanto síntomas –en este caso, desde 1956, de una intención política (59)–; pero no tratamos aquí de hacer arqueología de las expresiones jurídicas, sino de someter las normas a un análisis técnico.

2) **El rango de las normas provincializadoras**

A partir de esta situación, la «provincialización» fue, a juicio del Consejo, irrelevante para modificar la calificación jurídica de aquellos territorios y afectar a la integridad del nacional por insuficiencia formal de las normas provincializadoras.

En efecto, la supuesta integración tuvo lugar mediante un Decreto de 21 de agosto de 1956, en el que se modificaba el nombre de un Centro administrativo, el de la hasta entonces denominada Dirección General de Marruecos y Colonias por el de Dirección General de Plazas y Provincias Africanas. Meses después, por simple Aviso (60) –disposición de difícil colocación en la jerarquía normativa–, la Presidencia del Gobierno deducía del citado Decreto que «los territorios españoles del Golfo de Guinea se denominarán, de ahora en adelante, Provincia del Golfo de Guinea, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de 21 de agosto de 1956».

Aparte de que el proceso lógico que deduce el Aviso del Decreto es manifiestamente incorrecto, no se trata hasta ese momento más que de un cambio de nombre, de acierto más bien dudoso, pero que no podría tener otras consecuencias que las puramente toponímicas, como las de la ya mencionada Ordenanza General relativa a la organización postal en el África Occidental Española. Sin embargo, es a estas normas a las que se atribuye la transformación de los antiguos territorios coloniales en partes integrantes del nacional, en cuanto provincias españolas «unidas –con las restantes– en una misma comunidad de destino» (61). Así lo prueba el legislador en reiteradas ocasiones, v. gr., respecto de Guinea, al motivar la reorganización administrativa de 1959 en la circunstancia de que «con el Decreto de 21 de agosto de 1956 culminó una etapa... de la vida de las provincias españolas del Golfo de Guinea» (62); respecto de Ifni y del Sahara, es preciso esperar al Decreto de 10 de enero de 1958 para poder inducir un proceso análogo. En efecto, tanto la Ley de 30 de julio de 1959, respecto de Guinea, como la de 19 de abril de 1961, relativa al

Sahara, no pueden interpretarse como convalidatorias de la provincialización, sino como simplemente destinadas a «estructurar la organización y régimen de gobierno» de dos entidades administrativas ya existentes desde el Decreto de agosto de 1956 (63). No es esta reiterada afirmación del legislador lo que los dictámenes del Consejo de Estado ponen en tela de juicio, sino el carácter de las mencionadas entidades administrativas más allá de su denominación, es decir, el de partes integrantes del territorio nacional.

Como señala el Consejo en los dictámenes referentes a uno y otro caso, «las citadas normas carecen del rango necesario para alterar el territorio nacional». En efecto, según puso de relieve el dictamen relativo a Ifni, la alteración del territorio nacional es materia reservada a Ley e incluso a la preceptiva intervención de las Cortes en Pleno. Hoy día, ello es indudable, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.º de la Ley Orgánica del Estado de 1967 y en el nuevo artículo 14, 1 de la Ley de Cortes, puesto que, según señalara el Consejo, la necesaria autorización por la Cámara de los tratados que afecten a la integridad territorial española lleva a la conclusión de que dicha intervención es preceptiva cuando la integridad del territorio es afectada por vía distinta del tratado, v. gr., la Ley, y, es preciso señalarlo, tanto substrayendo como añadiendo nuevos espacios (64). Ahora bien, a la misma conclusión se llegaba en la época de la provincialización, en que se hallaba vigente el artículo 10 de la primitiva Ley de Cortes, el cual, aun sin mencionar expresamente las modificaciones del territorio nacional, las incluye en dos de sus incisos, que abarcan claramente el supuesto de creación de nuevas provincias, En efecto, ambos problemas afectan a «las bases de la Administración pública» (k) y a las «bases del Régimen local» (h). Pero, además, detalle al que inexplicablemente no descienden los citados dictámenes del Consejo, aunque se halla implícito en su argumentación, la Ley de Régimen Local impone directamente esta solución. El texto, vigente a la sazón, dispone que «el territorio de la Nación española se divide en cincuenta provincias, con los límites, denominaciones y capitales que tienen actualmente» (artículo 203), fórmula de rango legal que define el territorio nacional como integrado por el territorio español peninsular y el de los archipiélagos canario y balear. Ahora bien, para alterar, añadiendo una nueva provincia, el territorio nacional así delimitado por una Ley, será preciso una nueva Ley, en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en el Código Civil y cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 17 del Fuero de los Españoles. Sin embargo, dicha Ley no existe en todo el proceso de provincialización de Ifni; respecto de Guinea, la Ley de 30 de julio de 1959 se limita a dividir en dos la provincia, que ya supone establecida por el Decreto de agosto de 1956, y organizarlas administrativamente; y otro tanto puede de-

cirse de la Ley de 1961, referente al Sahara. De ello resulta que «la sedicente provincialización, cualquiera que pudiese ser su significado, no afectó a la extensión del territorio nacional, materia esta regulada por normas cuya modificación exigía una Ley y no normas de rango inferior, como un Decreto, y, menos aún, un simple *Aviso»*.

3) **Los actos propios de España**

A solución idéntica llega el Consejo al examinar la configuración de Guinea e Ifni por España como Territorios no Autónomos, de acuerdo con el artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas. No cabe entrar aquí a examinar toda la problemática surgida en torno al Capítulo XI de la Carta sobre qué sea el Territorio no Autónomo. Es, sin embargo, evidente que «los territorios cuyos pueblos no han alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio», aunque sometidos a la competencia del Estado administrador, no constituyen una mera circunscripción administrativa de éste, como lo prueban la especificidad de sus intereses, predominantes sobre los de la Metrópoli en caso de conflicto, según el propio artículo 73, las obligaciones contraídas por el administrador y el fin reglado de la competencia ejercida, fin que puede llegar a suponer –en el supuesto del autogobierno contemplado en el artículo 73,b– la vocación de provisionalidad de la citada competencia.

Si el Estado español, uno de cuyos fines fundamentales (65) es el mantenimiento de la propia integridad territorial, asume, al ingresar en las Naciones Unidas, la tarea de «desarrollar el gobierno propio..., tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos y ayudarles en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas», hasta el punto de que ello pueda suponer la cancelación de la competencia territorial española, es claro que tal posición equivale a calificar a dichos territorios de exteriores y distintos del propio territorio de España. El problema consiste, por tanto, en determinar hasta qué punto España consideró que la genérica «Declaración relativa a los Territorios no Autónomos» era aplicable a sus posesiones africanas. Atendiendo exclusivamente a la posición española, dicha aplicabilidad la dedujo el Consejo de Estado del principio general de buena fe que impone una obligación, aun sin haber mediado consentimiento negocial y atendiendo tan sólo a la conducta del obligado. Tal es la esencia de la no siempre bien entendida doctrina de los actos propios, de valor tanto interno como internacional (66).

En efecto, el Estado español, a juicio del Consejo, ha calificado de no autónomos –esto es, exteriores a él– a Guinea y África Occidental Española

–concretamente Ifni–, tanto por su conducta internacional como por sus actos de Derecho interno. Respecto de lo primero, recuerda el Consejo, en el dictamen referente a Guinea, que «en noviembre de 1958 y agosto de 1959 España se negó a informar a las Naciones Unidas... negándoles la condición de no autónomos, pero desde 1960 el Gobierno español ofreció proporcionar dicha información a la Organización internacional enviándola regularmente desde 1961...» ; ello supone, a juicio del Consejo, «que claramente se acepta el carácter de no autónomos de los citados territorios» (67).

Esta calificación heterogénea realizada por la Carta de las Naciones Unidas, España no sólo la ha sancionado respecto de Guinea e Ifni en su conducta internacional, sino que, respecto de Guinea, la ha incorporado a su propio ordenamiento interno. La Ley de Bases de diciembre de 1963, desarrollada por el texto articulado de 1964, en los que se establecía el régimen autónomo de Guinea Ecuatorial, no sólo suponía el fin de la provincialización en cuanto a la denominación y las instituciones, sino, sobre todo, en cuanto abandonaba la idea de asimilación y reconocía a aquellos pueblos el derecho de autodeterminación, según puntualizara la misma interpretación gubernamental de los citados textos legales y confirmará la evolución jurídico-política ulterior. Ahora bien, la Ley de Autonomía, al reconocer a los guineanos un derecho de autodeterminación independiente del que a España corresponde como Nación, lo hacía a partir de la calificación de territorio no autónomo –esto es, distinto del metropolitano–, sentada por la Carta de San Francisco. Así lo señaló el Consejo al poner de relieve que el Preámbulo de la Ley de Bases de 1963 recoge textualmente los términos de la famosa Resolución de la Asamblea General 1541 (XV), según la cual se presume no autónomo «el territorio geográficamente separado del país que lo administra y étnica o culturalmente distinto del mismo».

Ahora bien, es a partir de este planteamiento formal como el Consejo de Estado establece, con relación al ordenamiento español, la distinción entre territorios de soberanía y territorio nacional. «Si España –afirma el segundo de los dictámenes citados– ha dado a Ifni la calificación de no autónomo, tanto en su ordenamiento interno como en sus actos internacionales, ello debe considerarse a la luz del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas y de su ulterior interpretación por las Resoluciones de la Asamblea General de dicha Organización. Ahora bien, la Resolución 1514, de 15 de diciembre de 1960, en la que se contempla la descolonización de los territorios no autónomos..., considera «que la descolonización puede restaurar una integridad territorial mutilada por la situación colonial, pero no quebrantar la integridad territorial del Estado descolonizador, la salvaguarda de la cual es uno de los principios capitales de

la misma Carta de la Organización de las Naciones Unidas, y ello sólo puede deducirse lógicamente de que la calificación de un territorio como no autónomo supone su calificación como territorio ajeno al del Estado administrador, de manera que la secesión de aquél respecto del ámbito espacial de la soberanía de éste, ya por adquirir su independencia, ya por cederlo a un tercero, no afecta a la integridad territorial del mismo Estado...».

Por razones obvias, la misma tesis es perfectamente aplicable al Sahara, respecto del cual los actos de España frente a las Naciones Unidas, terceros Estados –Marruecos, Mauritania y Argelia– y los mismos habitantes del territorio, afirman constantemente su derecho a la autodeterminación y consiguiente condición de no autónomo, postura que, al menos en su aspecto jurídico, choca con la provincialización entendida como integración en un territorio nacional único.

III) LOS CRITERIOS MATERIALES DE CALIFICACIÓN DEL TERRITORIO

En los casos de Guinea e Ifni, el planteamiento formal de la cuestión constituyó la base de la argumentación desarrollada por el Consejo y ello bastaba para excluir ambas «provincias» del territorio nacional español. Sin embargó, el Alto Cuerpo, en los dos dictámenes comentados, apuntó unos criterios de calificación materiales que permitiesen determinar cuándo un territorio es o no colonial, con independencia de la denominación que se le atribuya y la forma en que ello se haga. Se aborda de esta manera el aspecto técnicamente más importante de la cuestión, sentando una doctrina útil para resolver puntos de mayor complejidad. En efecto, la solución, atendiendo a criterios meramente formales, sólo es posible cuando el proceso no ha revestido el menor rigor técnico y la mera apariencia geográfica es insuficiente. Un Estado, sin perjuicio de la unidad jurídica del mismo, puede tener su territorio disperso y la contigüidad geográfica no garantiza la integración con la Metrópoli, según pusiera de relieve ante las Naciones Unidas la famosa *these beige* (68) y ha demostrado el caso del Sudoeste africano.

Los criterios para determinar la condición jurídica de un territorio –colonial o autónomo– fueron largamente discutidos desde la época de la Sociedad de Naciones. Los trabajos realizados en el seno de la actual Organización mundial han culminado en un sistema de presunciones e índices que, si bien no eximen de la necesidad de estudiar «las circunstancias de cada caso concreto», constituyen una tabla general de módulos de evaluación (69). La separación

geográfica y la diferencia étnica o cultural es un primer criterio de presunción de no autonomía, esto es, de distinta condición jurídica del territorio en cuestión. A partir de él «se pueden tener en cuenta otros elementos» para concluir la no autonomía cuando el territorio se encuentra colocado en una situación de subordinación respecto del Estado que lo administra. La integración con la Metrópoli –forma de descolonización– solamente se presume cuando concurren determinadas circunstancias referentes a los siguientes extremos Primero, posibilidad de optar libremente por dicha integración, que ha de ser fruto de la decisión de la colectividad en cuestión; segundo, plena asimilación en cuanto a las personas; tercero, idéntica organización administrativa, no en cuanto a la estructura y funcionamiento de las instituciones, sino en cuanto a las garantías de acceso y participación que ofrecen a los administrados y, por último, participación en el gobierno del Estado, en pie de igualdad.

El Consejo de Estado, al abordar la cuestión, tuvo muy en cuenta los trabajos de las Naciones Unidas y la especulación doctrinal a la que han dado ocasión; pero, renunciando, por razones que cabría llamar coyunturales, a formular criterios generales, se limitó a examinar algunas de las circunstancias sustantivas útiles para poner de manifiesto la heterogeneidad entre las sedicentes «provincias» africanas y las españolas. Sistematizando los criterios utilizados y examinando a su luz un mayor volumen de material jurídico, es posible distinguir tres grandes índices de calificación, relativos a la *condición jurídica de los habitantes* de dichos territorios, a su *organización político-administrativa* y, por último, a su *personalidad internacional*.

Al abordar cada uno de ellos, prescindo –por razones varias, entre otras la del espacio disponible y la competencia necesaria– de las cuestiones afectas de Derecho comparado e internacional, tratando, sin más, de describir la tesis sentada en los dictámenes del Consejo y comprobarla analizando la normativa de los citados territorios. No hago, por tanto, referencia ni a la Administración colonial comparada, ni a los problemas de nacionalidad y estatuto personal de los indígenas, ni a la posición española ante la descolonización.

1) **La condición jurídica de los habitantes**

La presencia española en los territorios de África Ecuatorial y Occidental se justifica oficialmente mediante la invocación de su misión tutelar y civilizadora. Ahora bien, precisamente esta noción básica lleva a la lógica consecuencia de que el indígena es un menor cuya tutela ejerce la autoridad colonial (70). En Guinea ello fue claro durante la fase de colonización, en la que el nativo

estaba sometido a un sistema de tutela ejercido por una institución de Patronato y, en el mejor de los casos, emancipado, sin que la misma emancipación plena lo equiparase al ciudadano español 71). Baste pensar en la extensión a todos los indígenas del régimen de trabajo obligatorio discrecionalmente exigible por la Autoridad colonial (72). El mismo espíritu tutelar, correlativo a una situación diferencial del indígena, puede detectarse en la escasa normativa del territorio de Ifni (73). En toda esta primera fase es claro que el estatuto del indígena se caracteriza por su sujeción a la potencia colonial y la condición de español indica, en primer lugar, la dependencia propia de la situación de súbdito, complementada por la tendencia hacia una mayor y más íntima adhesión (74).

No es ésta la ocasión para historiar la evolución del indigenato en las posesiones españolas de África; baste señalar que la supresión del Patronato solamente tiene lugar cuatro años después de la provincialización en Guinea (75) y que la equiparación nunca fue plena, no ya de hecho, sino tampoco de derecho. A colectividades distintas, por responder a solidaridades diferentes, corresponden necesariamente sistemas jurídicos también diversos y –como señala Scelle– «un sudanés, un malgache o un tonkinés no son franceses, como un hindú no es un inglés, ni un melanesio un holandés» (76).

Tras la provincialización de Guinea e Ifni, los indígenas de ambos territorios, súbditos españoles indudablemente, no se equiparan a los ciudadanos metropolitanos, e incluso la colectividad metropolitana establecida en el territorio colonial se diferencia tanto de los naturales de éste como de los residentes en la Metrópoli (77). Centrando la atención en la primera de estas cuestiones, resulta que la diferencia es tanto de estatuto personal, con efectos principal, aunque no exclusivamente jurídico-privados, como de carácter territorial afectando a la posición del indígena e incluso del ciudadano metropolitano y del extranjero cuando, se halla en el espacio de cuya condición jurídica se trata. El Consejo soslaya la primera cuestión, centrándose exclusivamente en la segunda, y ello permite apuntar hacia una determinada idea de Nación. La Nación es claro que no puede identificarse con una comunidad jurídica, y los mismos derechos forales son la prueba muy deteriorada de ello; pero, por el contrario, constituye o tiende a constituir una forma de vida política en común. Por ello, y tal es el criterio que puede mantenerse a la vista de los dictámenes del Consejo, *se participa en la Nación en cuanto ciudadano.*

Sentado esto, resulta que los súbditos españoles de Guinea e Ifni, cualquiera que sea su origen o por el solo hecho de hallarse en el citado territorio, sufren una capitidisminución en su ciudadanía.

En efecto, el *status civitatis* puede caracterizarse por una serie de derechos –objeto normalmente de la parte dogmática de la Constitución, en España

el Fuero de los Españoles– que, de acuerdo con un criterio ya clásico, se clasifican en tres categorías: la libertad en cuanto límite; la libertad en cuanto participación; la libertad en cuanto crédito a una prestación. Es imposible, en los límites de este trabajo, abarcar en su totalidad la cuestión de en qué medida los derechos individuales de estas tres clases, reconocidos por el Fuero de los Españoles, se modifican en el territorio africano; pero sí es significativo resaltar, al menos, la restricción que sufren algunos –de los más importantes– dentro de cada categoría.

Entre los derechos-límite, el inmediatamente relacionado con el espacio es, sin duda, el de «fijar libremente su residencia dentro del territorio nacional», que reconoce en su artículo 14 el Fuero. Ahora bien, la entrada, residencia y permanencia de los españoles en África Ecuatorial y Occidental, antes y después de la provincialización, ha estado sometida a un estricto régimen de autorización administrativa previa (78). Es ya muy significativo, a efectos de determinar la condición del territorio, que este derecho fundamental se extinga ante sus fronteras; pero, además, de la misma redacción del texto podría deducirse que no se trata de territorios nacionales. En efecto, el Fuero establece la libertad de residencia en todo el ámbito del territorio nacional y el carácter fundamental de dicha Ley hubiera exigido la abrogación de las limitaciones establecidas por las normas de la Presidencia del Gobierno, tanto más cuanto que el artículo 14 no exige desarrollo legislativo alguno y se ha aplicado y aplica directamente desde el primer momento. Si dichas limitaciones subsisten es porque no contravienen las normas fundamentales, y ello sólo es posible si los territorios a que se refieren no forman parte del nacional, a la *totalidad* de cuyo ámbito solamente alude el artículo 14 del Fuero.

Es posible afirmar que, con relación a los demás derechos-límite previstos en el Fuero de los Españoles y que han llegado a tener vigencia en la Península, existe en los territorios africanos una restricción análoga a la apuntada, aunque menos llamativa, por no haber obtenido una consagración normativa. Esta situación diferencial se obtiene –sin entrar en el examen de factores sociológicos de importancia capital– a través del principio de peculiaridad del régimen jurídico colonial, instrumentado a través del requisito de publicación especial (79). Análoga es la situación en el campo de las normas sociales, ejemplo global de la expresión jurídica de los derechos-crédito (80).

La situación es aparentemente distinta en cuanto a la libertad-participación, dada la notoria homogeneidad cuantitativa y cualitativa de los derechos democráticos que corresponden a los ciudadanos españoles y a la mayoría de los súbditos africanos. Sin embargo, también en este punto existían diferencias en el territorio de Ifni, que, como señalara el Consejo, nunca llegó a tener

representación en Cortes. Por el contrario, a Guinea Ecuatorial –incluso durante el régimen de autonomía– y todavía hoy al Sahara se les reconoce «los mismos derechos de representación en Cortes que a las demás provincias españolas» (81). Que los mandatarios de un pueblo en vías de autodeterminación, como fue notoriamente el caso de los Procuradores guineanos desde 1964, representen a la totalidad del pueblo español (82), no es, sin más, una ficción de la democracia representativa fundamentada en la unidad nacional, sino, claramente, una grave inconsecuencia de técnica constitucional que, como los actos fallidos, es, en el campo de la interpretación, un elocuente discurso sobre las nociones de representación nacional.

Por otra parte, los súbditos de las cuatro provincias participaron en el referéndum de 1966, relativo a la Ley Orgánica del Estado (83). Si el citado referéndum fue el acto constituyente de la Nación, la participación en el mismo equivale al supremo exponente de la ciudadanía, Ahora bien, como ya apunté en ocasión anterior, el referéndum de 1966 no fue la *opción* de la Nación en pro de una determinada decisión constituyente, sino la *adhesión* a una decisión constituyente ya perfecta en sí, la del Jefe del Estado, en virtud de las competencias autoatribuidas por las Leyes de 1938 y 1939. La ambigüedad, por lo demás habitual, de que adolece el Decreto de convocatoria no puede ocultar las exigencias de la interpretación sistemática. En efecto, la Ley de 22 de diciembre de 1945 prevé el referéndum como técnica de garantía de la voluntad nacional frente al «juicio subjetivo de sus mandatarios» y contempla como objeto de la consulta «los proyectos de Leyes elaborados por las Cortes» (artículo 1.º). Ahora bien, el texto sometido a referéndum el 14 de diciembre de 1966 no era un proyecto, sino una Ley aprobada por la Jefatura del Estado en virtud de su prerrogativa, con independencia de las Cortes, que fueron ajenas al proceso legislativo. En efecto, si «el acuerdo de las Cortes adoptado en sesión plenaria», a que se refiere la Exposición de motivos de la Ley, hubiese sido de carácter legislativo, según lo previsto en su Ley Constitutiva, habría significado una flagrante violación del artículo 11 de la misma. Ley, que exige el previo informe y propuesta de la Comisión; la contradicción es, sin embargo, salvable si se considera el acuerdo de las Cortes como no legislativo, según prevé el último, párrafo del artículo 10 de su Ley Constitutiva. Ahora bien, si no hubo proyecto de Ley elaborado por las Cortes, el acto de diciembre de 1966 no fue el «referéndum entre todos los hombres y mujeres de la Nación» (artículo 2.º, Ley de 1945), sino una prospección –cuyo carácter superfluo señaló el propio Jefe del Estado en su mensaje del día 13 de diciembre de 1966– en torno a la decisión constituyente ya tomada. La fórmula contradictoria utilizada por el Decreto de convocatoria, de 23 de noviembre de 1966, es conclu-

yente en favor de esta tesis. La Exposición de motivos justifica la consulta de acuerdo con los principios de la democracia directa que inspiran la Ley de 1945, a fin de que el pueblo español «exprese formalmente su voluntad constituyente»; pero el primer artículo de su parte dispositiva establece, sin lugar a dudas, qué «se somete a referéndum de la Nación el proyecto de Ley Orgánica del Estado aprobado por la Jefatura del Estado en el ejercicio de la potestad legislativa que le otorgan las Leyes de 20 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939». Ahora bien, esta potestad legislativa, que vuelve a mencionarse en la fórmula de promulgación de la Ley Orgánica de 10 de enero de 1967, es, de acuerdo con los textos de las mismas Leyes y con el Preámbulo de la Constitutiva de Cortes de 1942, plenaria y, por tanto, excluye la actividad constituyente tanto del pueblo como la de las Cortes.

En consecuencia, ni los guineanos, ni los ifeños, ni los saharauis participaron en la decisión constituyente de la Nación, por la razón de que el referéndum no puede considerarse como tal.

Pasando, por último, de la participación a la integración, se manifiesta nuevamente la exterioridad de los indígenas de los territorios en cuestión respecto de la comunidad nacional. Baste citar, como ejemplos más significativos, su exoneración respecto de las cargas públicas del Estado y del servicio militar (84).

Si de los derechos sustantivos se pasa a las garantías de que goza el individuo, aún queda más de manifiesto la heterogeneidad entre el súbdito español de las sedicentes provincias y el ciudadano peninsular, puesto que, atendiendo solamente a lo que Jellinek denominó *garantías jurídicas,* no son las mismas las de uno y otro.

Adoptando el esquema clásico de Hauriou, puede decirse que en España se concretan en el *procedimiento administrativo* y su sistema de recursos, en la *responsabilidad de la Administración* y la *Jurisdicción contenciosa.* Ahora bien, es significativo que ninguna de las grandes Leyes «básicas, pero no fundamentales» (85) que regulan estos extremos eran de aplicación, tras la provincialización, en Guinea e Ifni, a excepción de la Ley de Expropiación Forzosa. Ni la Ley de Procedimiento Administrativo, ni la reguladora de la jurisdicción Contenciosa, ni la de Régimen jurídico eran aplicables a dichos territorios, faltas del requisito de *extensión especial,* y, sin embargo, todas ellas llegaron a alcanzar una relativa vigencia, planteando una más profunda cuestión: la seguridad jurídica.

El derecho a la seguridad jurídica, instrumentado mediante la inalterabilidad de un orden jerárquico de las normas, se consagra en el artículo 17 del Fuero de los Españoles y constituye la clave de bóveda del régimen jurídico de

la Administración del Estado. Ahora bien, sin exageración alguna, puede afirmarse que dicho principio quebraba y quiebra en los territorios españoles de África Ecuatorial y Occidental. En efecto, reconocida la especialidad del ordenamiento jurídico de aquellos territorios con relación a los sujetos a la legislación peninsular, el Centro directivo de la Presidencia del Gobierno es su principal fuente de producción. A partir de la vieja tradición colonial española de «la especialidad combinada con la autorización a los Gobiernos para extender la legislación metropolitana con o sin variantes» (86), la Dirección General de Plazas y Provincias Africanas es competente para decidir la extensión a aquellos territorios de las normas generales y de las modificaciones a introducir, en su caso. Ninguna disposición regía ni rige, en principio, sino tras su publicación en el «Boletín Oficial» de la «provincia» correspondiente, lo que no ocurría frecuentemente, y a ello había que añadir la potestad suspensoria del Gobernador General de Guinea y la continuación en vigor de las normas anteriores a la provincialización (87). El resultado es una inextricable «maraña de legalidad» en la que no rige ni el principio de publicidad ni el de jerarquía (88).

En consecuencia, el examen breve de algunos aspectos de los derechos individuales de los indígenas y los naturales de la Metrópoli demuestra que «solamente mediante un abuso de los términos se puede calificar en los dos casos a los individuos de nacionales» (89). La Ordenanza General ya citada de agosto de 1938 declaraba, en el artículo 14, que «los derechos de los españoles... en el Golfo de Guinea serán los reconocidos en la Nación», pero lo que entonces fue una irónica realidad, a la hora de la provincialización era ya una afirmación, al menos en parte, desmentida por el desarrollo del sistema administrativo español.

2) **La organización administrativa**

Por otra parte, el Consejo de Estado insistía, especialmente en el caso de Ifni, en la heterogeneidad de la organización de las provincias españolas y la de los nuevos territorios «provincializados», a pesar de la identidad reiteradamente afirmada en las normas básicas de estos últimos.

Tres son, en efecto, los rasgos comunes a la estructura administrativa de las posesiones españolas en África Ecuatorial y Occidental. Primero, su administración a distancia por un órgano especializado, la Dirección General de Plazas y Provincias Africanas de la Presidencia del Gobierno, cuya acción en dichos territorios es *directa* y cuya competencia es *universal* en cuanto a la materia y *exclusiva* en el espacio. A dicho Centro corresponde la responsabili-

dad inmediata del gobierno y administración de aquellos territorios y el Gobernador de cada uno de ellos le estaba jerárquicamente subordinado en cuanto a las competencias que la Ley les atribuía (90). Por otra parte, en dicho Centro concurren no sólo todas las potestades propias de la Administración Central, tanto directas como indirectas, sino la potestad legislativa formal ajena a la Administración misma. Es a la Presidencia del Gobierno a la que corresponde dictar normas generales de rango inferior a la Ley, que, al no fijar ninguna reserva, pueden cubrir todo el ámbito legislativo, pero, además, al mismo Centro corresponde determinar cuándo y en qué medida se extienden a los territorios de él dependientes las Leyes generales del Estado. A la universalidad de la competencia se une su exclusividad, puesto que ningún Departamento ministerial intervenía directamente en las cuestiones relativas a Ifni o Guinea, ni interviene en el Sahara. Cualquiera competencia que en los territorios sujetos al régimen peninsular correspondería a un órgano de la Administración Central se atribuye en aquéllos a la Presidencia del Gobierno y, concretamente, a la citada Dirección General (91).

Segundo, la figura central de la Administración de los territorios africanos fue, antes como después de la provincialización, el Gobernador General, heredero directo de los Gobernadores coloniales y que en nada, salvo el nombre, puede equipararse a su homónimo del artículo 38 del Decreto de 10 de octubre de 1958 (92). En efecto, mientras esta inédita figura se prevé con carácter excepcional, el Gobernador General fue en Ifni y en Guinea, como hoy lo es en el Sahara, la primera autoridad permanente y ordinaria del territorio (93). Sus funciones en África Ecuatorial no eran las de coordinación entre ambas provincias, sino que a él correspondía la suprema autoridad en una y otra, apareciendo los Gobernadores civiles respectivos como meros, auxiliares estrictamente subordinados (94). En cuanto a sus competencias, son sumamente amplias, tanto en lo civil como en lo militar, hasta el punto de que, al menos en el Sahara, se configura como universal de principio, mientras que las entidades locales ejercen una competencia delegada o vicaria que, por tanto, permite la avocación por parte del Gobierno General (95). Todos los funcionarios y organismos del territorio le están jerárquicamente subordinados, con la sola excepción de los Jueces en la instrucción y resolución de los asuntos, y a su través ha de realizarse toda comunicación entre la Administración provincial y cualquier otra Autoridad ajena a la misma (96).

Tercero, la articulación entre las Administraciones periférica y local se rige por unos cánones propios. Atendiendo al conjunto de los tres territorios, puede decirse que la organización local, introducida como técnica de asimilación, o bien permanece en una situación de inmadurez, estrechamente subor-

dinada a los organismos periféricos, o bien se desarrolla de acuerdo con líneas totalmente diferentes de las imperantes en la Metrópoli, hasta adquirir relieve político dentro de un sistema diárquico. Buen ejemplo de lo primero ofrece el caso de Ifni, donde la Administración local no se organiza a nivel provincial ni se generaliza a escala municipal. Por otra parte, el único Ayuntamiento cuya jurisdicción no se extendía a todo el territorio era designado por el Gobernador General (97). En fin, allí donde existen Municipios, Diputaciones y Cabildos, la tutela se intensifica tanto que, prácticamente, se transforma en verdadera subordinación jerárquica al Gobernador, a quien corresponde la suspensión de acuerdos y resoluciones, la aprobación de presupuestos, la decisión en cuanto a intervención y asistencia provincial e incluso, según quedó señalado más atrás, la avocación, propia de la jerarquía, y la designación de titulares de funciones representativas.

Al segundo supuesto corresponden la organización provincial en Guinea Ecuatorial y en el Sahara. En los territorios de aquélla, las Diputaciones tuvieron su periodo de vida más activo no durante la fase de «provincialización» (1959-1964), sino bajo el régimen autónomo (1964-1968), en el cual sirvieron para sabotear con notable éxito el funcionamiento de la Asamblea General, en cuanto cauces de representación y expresión de las aspiraciones políticas anexionistas –de Río Muni– y separatistas –de Fernando Poo (98)–. En el Sahara, hoy día, la principal institución «provincial» es la *Yemaa General,* asamblea representativa de marcado carácter político sobre la que tiende a centrarse la evolución constitucional del territorio (99). Como es propio de todo esquema diárquico de gobierno colonial, la estricta *subordinación* a la Metrópoli en las decisiones a través de los servicios centrales desconcentrados no empece una *autonomía de las aspiraciones,* encarnada en instituciones que desconoce la Administración metropolitana centralizada.

Es evidente que la organización de Guinea e Ifni, ayer, como hoy la de Sahara, no corresponde a la prevista para las provincias españolas por la Ley de Régimen Local. El problema está en interpretar las diferencias señaladas como exorbitantes del régimen provincial o como simples modalidades *forales* del mismo, formalmente análogas a las de Navarra, Álava, Tenerife o Las Palmas (100). A este fin, son intrascendentes las declaraciones de los textos legales de tendencia integradora, según los cuales «el régimen jurídico-administrativo debiera inspirarse en los principios de la Ley de Régimen Local en cuanto sean aplicables a la especial índole de aquellas provincias» (101), puesto que la cuestión consiste en determinar si dicha *índole* no era tan peculiar que exigía algo más que lo que la Ley de Régimen Local entiende por «régimen especial», ni tampoco por la fre-

cuente transposición de fórmulas de la legislación común española a las específicas normas de aquellos territorios.

En España, la provincia es actualmente una *circunscripción territorial* para los servicios administrativos del Estado, una *agrupación de Municipios* y una *entidad local*. Lo último nunca pudo aplicarse a Ifni y escasamente a Fernando Poo y Río Muni. Lo segundo no era el caso de Ifni, donde sólo existe un Municipio, y resulta contradictorio en Guinea y en el Sahara, puesto que en aquellos territorios la organización municipal es posterior en varios años a la provincialización y, además, nunca cubrieron de manera continua y uniforme toda la extensión del territorio (102). Por último, la condición de «circunscripción uniforme de carácter unitario para el ejercicio de la competencia del Gobierno nacional», previsto en el artículo 2.º de la Ley de Régimen Local, tampoco puede predicarse absolutamente de las dos provincias guineanas, de hecho administradas conjuntamente por unos servicios periféricos únicos bajo un solo Gobernador General.

Sin embargo, es el carácter de circunscripción administrativa el más claro en la reorganización provincial aquí estudiada y, paradójicamente, ello supone saltar por encima de una historia más que centenaria y volver al sentido que a la demarcación provincial diera la Instrucción de Javier de Burgos y el Decreto de 30 de noviembre de 1833.

Es esta referencia histórica la que permite apreciar el significado que, a mediados del siglo XX, tiene la «provincialización» de los antiguos territorios de soberanía. En primer lugar, si es propio de la historia el no olvidar nada, la evolución o, si se prefiere, la deformación de la demarcación provincial ha configurado esta entidad al sustantivarlo como entidad local, algo muy distinto de la circunscripción administrativa, carácter al que, según lo dicho, responde principalmente el régimen establecido en Ifni en 1958 y en Guinea en 1959. Por *fas* o por *nefas,* el hecho es que la provincia española es algo más que esto y su homónima africana no es ni siquiera eso. No se trata, pues, de una simple especialidad en el régimen, sino de una total heterogeneidad (103).

En segundo término, esta inconsciente vuelta a los orígenes pone de manifiesto el sentido de la provincialización. La reforma de 1833 da a la provincia un carácter centralizador que, como señala García de Enterría, es «no sólo visible, sino exclusivo», configurándola como instrumento al servicio del Gobierno central en su lucha contra las fuerzas centrífugas del privilegio y la autonomía. Pues bien, la provincialización, ciento veintitrés años después, de las posesiones españolas en Africa Occidental y Ecuatorial parece buscar un fin análogo: excluir toda intervención ajena y someter estrechamente la Administración de dichos territorios al Estado, esto es, instrumentar una dominación sobre territorios que

el mismo legislador reconoce diferentes a España por la naturaleza y la cultura. En otras palabras, perfeccionar el régimen colonial.

Sustantivamente, a ello responde la organización administrativa de los citados territorios. En Ifni, como señala el Consejo, y en gran medida en el Sahara, «la Administración es de marcado carácter militar». En Guinea, las Leyes de 1963 y 1964 crearon una apariencia de autonomía –incompatible, según dije, con la provincialización– y ello fue la causa de que el Consejo no se ocupara de la organización administrativa; pero el régimen provincial establecido en 1959 y 1960 era también sobradamente autoritario, especialmente a nivel regional. Utilizando las categorías de Merkl, puede calificarse a ambos sistemas de *autocráticos,* esto es, regidos por los principios de la burocratización, de la designación superior y la dependencia jerárquica (104).

3) **La personalidad internacional**

Por último, el Consejo señaló en ambos dictámenes la personalidad internacional distinta de la del Estado español con que cuentan los territorios africanos y que resulta inconcebible en una provincia de las contempladas por la Ley de Régimen Local.

Dicha personalidad fue ya aludida al tratar de la configuración de Ifni y Guinea como territorios no autónomos, por los actos propios de España. A ello hay que añadir, en una perspectiva material, que «la práctica internacional del régimen convencional propio de las colonias y... la práctica de las Organizaciones internacionales en las que frecuentemente dichos territorios [coloniales] están representados, sea directamente, sea a través de su potencia administradora», ha sido seguida por España con relación a los mismos. Así, en el caso de Guinea, recuerda el Consejo que «en la Carta constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) se distingue entre Estado y Territorio cuya representación internacional asegura otro Estado [artículo 3.º, d) y e)], participando España a título de Estado y Guinea Ecuatorial a título de Territorio cuya representación asegura España. Análogo es el caso de la Unión Internacional de Telecomunicaciones respecto de las llamadas provincias españolas de África». En el mismo sentido, en el caso de Ifni, cita el Consejo las reservas formuladas y compromisos contraídos como administrador del territorio al que expresamente alude la Exposición de motivos de la Orden de 20 de octubre de 1966.

Por último, dentro de la misma perspectiva, es preciso señalar las competencias internacionales del Gobernador General de Guinea, tácitamente reco-

nocidas también a los del África Occidental y directamente heredadas bajo el régimen provincial de su antecesor colonial (105).

CONCLUSIONES

1) **Garantía formal de la integridad territorial y calificación material**

La primera consecuencia de la doctrina Sentada por el Consejo, en los dos dictámenes citados, ha sido *garantizar la integridad territorial española,* poniendo un valladar a las anexiones improvisadas y eliminando de la historia política contemporánea el precedente de la desmembración territorial. Por una parte, dicha garantía se obtiene en el plano formal al exigir la intervención del legislador en aquellos actos que afecten a la integridad del territorio, tanto en uno como en otro sentido. Configurado por Ley, solamente a la Ley corresponde modificarlo o, sucedáneamente, a aquellas normas de jerarquía superior a las del Derecho interno.

Simultáneamente, y desde una perspectiva material, el Consejo ha sentado unos criterios o índices de calificación a efectos de decidir si un territorio es metropolitano –nacional– o colonial. De acuerdo con la doctrina examinada, no bastaría que una Ley declarase provincia española no importa qué territorio, si en su régimen político-administrativo no concurriesen determinadas circunstancias. Según el Alto Cuerpo, solamente puede considerarse territorio nacional aquel que, poblado de una colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos constituye una unidad administrativa –o parte de ella– de la Administración local española y que, cualquiera que sea su organización, no goce de otra personalidad internacional ni de otro derecho de autodeterminación que el que a la Nación corresponde como un todo.

Conjugando ambas perspectivas, formal y material, se obtiene una base adecuada para calificar los diversos territorios bajo soberanía española. La Península y los archipiélagos balear y canario son territorio nacional, y cualquier alteración de su integridad ha de ser decidida o autorizada por Ley, de acuerdo con la vigente Constitutiva de las Cortes. El Sahara español –como Ifni y Guinea Ecuatorial– es, pese a su denominación provincial, un territorio no autónomo y, por tanto, distinto del territorio nacional. En cuanto a su secesión del ámbito de la soberanía española, el procedimiento formal a seguir sería distinto, según los casos. Si se tratase, como en Guinea, de una modificación unilateral de su estatuto de territorio no autónomo administrado por España, es claro que debería ser objeto de Ley, al menos para respetar el principio de

jerarquía normativa, ya que su situación actual está regulada por una Ley, la de abril de 1961. Por el contrario, si se tratase de una cesión mediante Tratado, como fue el caso de Ifni, su ratificación no ha de ser previamente autorizada por Ley, al no caer bajo ninguno de los supuestos previstos en la Ley Orgánica del Estado –artículo 9-a y concordante artículo 14,1 de la Ley Constitutiva de Cortes–. Es cierto que el Alto Cuerpo aconsejaba la intervención de las Cortes e incluso que la forma legislativa resultase posible al amparo de lo previsto en los artículos 10-m y 12,I de su Ley Constitutiva y deseable —piénsese en las reservas de Ley indirectamente afectadas, verbigracia, artículo 62 de la del Patrimonio del Estado–; pero nunca esta conveniencia equivaldría a la necesidad. Solamente fórmulas más depuradas impiden evadir por vía de Convenio internacional la distribución de competencias que en lo interior realiza la Constitución. Sin embargo, lo más importante a destacar de su calificación jurídica colonial es que el porvenir del territorio para nada compromete la integridad territorial nacional de España.

Por último, la condición jurídica de Ceuta y Melilla no se aclara afirmando, como es usual, su calidad de «plazas de soberanía», puesto que la actual plenitud de competencias del Estado español es una cuestión de hecho que nadie discute, ni recurriendo a la ficción de la «segregación geográfica», puesto que la unidad jurídica del territorio, con independencia de su dispersión física, solamente puede afirmarse tras el examen del proceso formal de su integración, su posición internacional, organización administrativa y condición jurídica de sus habitantes.

2) **La provincialización funcional**

En segundo término, y con referencia concreta a los dos casos en cuestión, el Consejo permitió salvar el hiato creado por la utilización en lo interior de técnicas de asimilación formal –aunque no idóneas–, el mantenimiento de estructuras materiales de índole colonial y el beneplácito exterior al principio de autodeterminación. Las contradicciones inherentes a este tratamiento esquizoide del problema colonial, apoyado en la dispersión de competencias en dos Departamentos ministeriales, pudieron ser formalmente superadas mediante la noción de *provincialización funcional,* ya adelantada en vacío por la doctrina (106) y que el legislador español recogió del dictamen del Consejo relativo a Guinea en la Exposición de motivos de la Ley de 27 de julio, de 1968. «La provincialización –señala el Alto Cuerpo– no es sino una etapa en el camino de la autodeterminación, etapa que ha permitido el establecimiento

de estructuras político-administrativas modernas...; no es, por tanto, una técnica de asimilación política, sino un instrumento de mejor organización administrativa». Doctrina tal supone un comprensible avance frente a la posición ambigua que reflejan los dictámenes del Consejo con ocasión de la emancipación americana, y sólo es posible merced a la precisión de lo que en Derecho colonial significa «provincia», algo muy distinto, según he señalado más atrás, de la acepción que el mismo término recibe en la Ley de Régimen Local.

3) **La noción de territorio nacional**

El presente estudio, que comenzó examinando las tesis contrapuestas de calificación homogénea y heterogénea del territorio, concluye, al hilo de los dictámenes del Consejo, denominando «nacional» al territorio metropolitano y poniendo especial énfasis en la defensa de su integridad. Ello exige replantear el tema de la naturaleza del territorio en la Teoría General del Estado.

A través de un largo proceso histórico de depuración, la más autorizada doctrina ha terminado considerando que «el territorio del Estado no es, en realidad, otra cosa que el ámbito espacial de validez del orden jurídico llamado Estado» (107). Ahora bien, si no se trata más que de un ámbito cuantitativo de competencias, es inexplicable por qué se configura, en parte, como infungible o al menos garantizado en su integridad por especiales técnicas de rigidez y, según quedó expuesto más atrás, en parte, como de libre disposición, puesto que dichas garantías no tutelan la integridad del territorio colonial. Tampoco la mencionada construcción técnico-jurídica sería satisfactoria para explicar la reivindicación frecuente que un Estado hace, incluso en fórmulas constitucionales, de un determinado territorio no como aumento cuantitativo de su ámbito competencial ni, de acuerdo con la fórmula de Jellinek, más atrás utilizada, porque pretenda ejercer un *imperium* sobre quienes lo habitan, sino porque, con independencia de su utilidad, lo estima valioso en su concreta materialidad (108). Por último, y siempre por vía de ejemplo, si, más allá de la teoría de la competencia, el territorio es, como afirma Verdross, el espacio atribuido por el orden internacional a la soberanía de un Estado (109), es lógico que del respeto mutuo la integridad territorial la Carta de las Naciones Unidas haga principio rector de la vida internacional. Pero no puede explicarse el que la práctica de esta Organización amplíe su tutela a casos en que se afirma, frente a la actual distribución de competencias, el valor de una integridad territorial cuya titularidad se atribuye a un pueblo, no a un Estado (110).

En todos estos casos, el territorio no aparece como delimitación espacial de una competencia, es decir, en cuanto medición cuantitativa, sino como un «lugar» cualitativamente valioso. En los dictámenes citados, el Consejo, tras apoyar la calificación jurídica del territorio en la condición de la colectividad que sobre él se asienta, señala que «la integridad territorial española... abarca no todo el territorio en el que España ejerce sus competencias soberanas, sino el territorio propiamente español, *asiento de la comunidad nacional»* (caso de Ifni). De acuerdo con esta tesis, el territorio no es sólo importante físicamente, como defendería el moderno realismo, sino en cuanto «solar patrio», por ser la Nación una entidad de base territorial (111). En efecto, históricamente, la Nación –entendiendo por tal el simple correlato noemático del nacionalismo– implica siempre un enraizamiento territorial, incluso cuando éste, desde la diáspora o el exilio, aparezca como «paraíso perdido» o como «tierra prometida». El sionismo anterior a 1948 y los éxodos serbio y belga de 1914 –pese a citarse frecuentemente como exponentes del carácter aterritorial de la Nación– son dramáticos ejemplos de la gravitación de las comunidades nacionales hacia su propio solar. En la historia del nacionalismo, la territorialidad aparece como carácter permanente, no como espacio sobre el que la Nación puede organizarse, sino, en su elaboración simbólica, en cuanto dimensión de la nacionalidad. Tal idea la entrevió ya Carré de Malberg cuando, confundiendo Nación y Estado, consideraba que el territorio no correspondía al *haber* o tener de éste, sino a su *ser* (112).

De esta manera, en los dictámenes comentados, el Consejo de Estado dio la solución técnica al problema planteado por las fuerzas políticas, apuntando, al mismo tiempo, hacia la formulación de una categoría de Derecho público de notoria utilidad. Una vez más, fueron ciertas las palabras de Sir Ivor Jennings: «Si cada problema se considera como una cuestión práctica, los constitucionalistas podemos, siempre, proporcionar una solución viable. Frecuentemente, en momentos de exasperación, se constata cuán fáciles serían los problemas de la política si no fuera por los políticos» (113).

NOTAS

(1) *Précis de Drorit public.*

(2) El proceso de autodeterminación de Guinea Ecuatorial se inicia con la Ley 191/1963, de 20 de diciembre, y el Decreto de 3 de julio de 1964 (Régimen autónomo), culminando con la Ley 49/1968, de 27 de julio, y Decreto de 12 de octubre del mismo año (independencia). En Ifni, la descolonización tuvo lugar mediante la «retrocesión» del territorio al Reino de Marruecos por Convenio de 4 de enero de 1969, ratificado el 20 de abril (cfr. *B.O. del E.* de 5 de junio).

(3) Dictámenes núms. 36.017, de 20 de junio de 1968 (caso de Guinea), y 36.227, de 7 de noviembre de 1968 (caso de Ifni) publicados casi íntegramente en los volúmenes de *Recopilación de doctrina legal,* 1967-1968 y 1968-1969, Madrid, 1971.

(4) Cfr. mi trabajo «*Autoctonía constitucional y Poder constituyente»,* en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 169-170, pp. 79 y ss. Ahora en este volumen n.º 4.

(5) Cfr. La Pradelle: «*Le territoire»,* en *Encyclopedie Francaise*, tomo X (ed. 1935), p. 10.

(6) No he podido abordar el terna con relación a las colonias japonesas anteriores a 1945, en las que, al parecer, se siguieron criterios asimilistas, ni examinar en detalle la práctica de los Dominios británicos respecto de sus posesiones, generalmente inspirada en la de Gran Bretaña. Por razones obvias, se excluye de este estudio toda referencia al territorio de los Mandatos o sometidos a fideicomiso, respecto de los cuales –incluso en el caso de los Mandatos «C»– nunca se ha pretendido la anexión. Salvo referencia en contra, utilizo los textos –ya viejos– publicados en *Les Lois Organiques des Colonies,* Bruselas, 1906-1927 (6 vols.) y, para los posteriores, el *Annuaire de Documentation Coloniale Comparée,* Bruselas. En general, confróntese Moresco: *Organisation politique et administrative des Colonies,* Bruselas, 1936, y, del mismo autor : *Les rapports de Droit public entre la Metropole et les colonies, dominions et autres territoires d'Outremer,* en «Rec. des Cours», 55 (1936-I), y Van Asbeck: *Le statut actuel des pays non autonomes d'Outremer,* en «Rec. des Cours», 71 (1947-1).

(7) La colonia británica se define «any part of H. M. dominions exclusive the British Islands...» *(Interpretation Act 1889,* 52 & 53; Vict. c. 63, sec. 18-2), definición que, en principio, abarca los Dominios excluidos por el Status of Westminster. Sobre el ejemplo que sigue, cfr. *Tanganyka Independence Act. 1961,* 10 y 11 Eliz. 2 c. 1, sec. 1-1.

(8) Real Decreto-ley de 20 de agosto de 1923 y Real Decreto-ley de 9 de enero de 1939, en los que se consideran «parte integrante del territorio del Reino de Italia» las provincias líbicas del litoral.

(9) Ley de 17 de abril de 1889.

(10) Sobre la gestación del sistema, cfr. Randolf: *Law and Practice of the Annexation,* 1901. Respecto del caso de Filipinas, confróntese Hackworth: *Digest of International Law,* Washington, 1940, I, p. 497. En general, para la práctica americana en la materia, confróntese Hackworth: Ib., pp. 477 y ss., y Whiteman: *Digest of International Law,* Washington, 1952, II, pp. 1321-1322,

(11) El ideal igualitario es más propio de los convencionales (Constitución de 1795-III, art.º 6.0, cuyo espíritu recogen los constituyentes de 1848 (art.º 109 de la Constitución). Cfr. G. Martín: *La doctrine coloniale en France en 1789,* París, 1935.

(12) Portugal: Constitución de 1826, art.º 2.º, al que se remite el artículo 1.º del texto de 1911; hoy, Constitución de 1933, art.º 1.º También, en Holanda, todas las Constituciones desde 1815.

(13) Cfr. Wigny: *Droit constitutionnel,* Bruselas, 1952, I, p. 77,

(14) Para la práctica, cfr. Kiss: *Répertoire Français de Droit International Publique,* París, 1966, II, pp. 128 y ss., y las referencias allí dadas.

(15) Cfr. Gonidec: *Cours d'institutions publiques africaines et malgaches,* Licence, «Les Cours de Droit», París, 1966-1967, pp. 59-60.

(16) Makarov: *Régles générales du Droit de la Nationalité,* en «Rec. des Cours», 74, 1949-I, pp. 288-290.

(17) Cfr., respecto de estos casos coloniales, Makarov: *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeit Rechts,* Sttutgart, 1962, pp. 42 y siguientes. Respecto de los ciudadanos italo-líbicos, cfr. Real Decreto-ley de 3 de diciembre de 1934.

(18) Sobre el problema de la nacionalidad, cfr. Boulbés: *Droii francais de la Nationalité,* París, 1956, pp. 36 y ss. En cuanto a la ciudadanía, cfr. Gonidec: *Droit d'Outre-mer,* París; 1960, I, pp. 418-421, con referencias también a los diversos estatutos de Derecho privado.

(19) Cfr. el Decreto-ley de 9 de febrero de 1929 (texto en *Annuaire*, citado, 1929, I, pp. 515).

(20) Respectivamente, Decreto-ley 39.666, de 20 de mayo de 1954, Decreto-ley 43.893, de 6 de noviembre de 1961 y Decreto 44.309, de 27 de abril de 1962 (textos en *Diario Oficial).* Cfr. Willensky: *Tendencias de la legislación ultra-marina portuguesa en Africa,* Braga, 1968, pp. 193 y ss.

(21) Es interesante destacar la proporción de los asimilados en África Occidental Francesa: en 1959, el 0,50 por 100 de la población (Gonidec: *Droit d'Outre-mer,* I, p. 120). En el Imperio Portugués, en 1950, tras quinientos años de asimilismo, había 295.148 asimilados frente a 8.601.663 indígenas (Cordero: *Política colonial,* Madrid, 1953, página 762, nota).

(22) Cfr. Lampue : «*Les Constitutions des États africains d'expression française»,* en *Rev. Juridique et Politiquee*, XV (1961), 4, pp. 515-516.

(23) Así lo prevén expresamente los textos constitucionales holandés, belga y portugués. También las Constituciones españolas del siglo XIX, salvo la de 1812, llegan a resultados análogos mediante el criterio de la aplicación especial.

(24) Cfr. WILLENSKY: Opus. cit. La Ley 2.048, de 11 de junio de 1951, lleva a cabo la integración en el texto constitucional.

(25) PRELOT: *Institutions politiques et Droit Constitutionnel,* París, 1963, pp. 230-231.

(26) Cfr. WIGHT: *British Colonial Constitutions,* Londres, 1952, página 40.

(27) Estos datos me han sido amablemente proporcionados por la Embajada de Portugal en Madrid.

(28) Cfr. GONIDEC: *Droit d'Outre-mer,* I, pp. 420-421 y 423.

(29) Cfr. YTURRIAGA: *Participación de la O.N.U. en el proceso de descolonización,* Madrid, 1963, p. 73.

(30) Sobre la configuración europea de esta dinámica, cfr. NIPPOLD : *Le développement historique du Droit International depuis le Congrés de Vienne,* en «Rec. des Cours», 2 (1924-I), pp. 22 y siguientes. Ejemplos varios de distribuciones, territoriales en las colonias, en CORNEVIN: *Histoire de l'Afrique,* II, pp. 532-533.

(31) Cfr. BASTIDE: «*Le rattachement de Tende et la Brigue»,* en *Rev. Générale de Droit International Public,* 1949, pp. 321-340.

(32) En Chandernagor, el Referéndum, autorizado y organizado por Ley de 27 de mayo de 1949 y Decreto de la misma fecha, se celebró el 19 de junio y la cesión tuvo lugar por el Tratado franco-indio de 2 de febrero de 1951. Cfr. CORET: «*La cession de l'Inde Francaise»,* en *Rev. de l'Union Française,* 1955, pp. 577 y ss. y 697 y ss.

(33) El art.º 8.º de la Ley Constitucional de 16 de julio de 1875 exige la autorización mediante Ley para la alteración de los limites territoriales, pero la práctica entendió que esta disposición no regía con relación a las colonias incorporadas. Ejemplo, la decisión del Conseil d'Etat en el caso Villes de Cradaia (1925), *Recueil d'Arréts du C. d'E.,* 1925, p. 472.

(34) Resolución 1.541 (XV), de 15 de diciembre de 1960. Cfr. ROBINSON: «*Alternatives to independence»,* en *Political Studies,* t. IV, 3, páginas 225-249. Retrospectivamente, para un caso concreto, es interesante R. EMERSON: *American's Pacific dependencies: a survey of american colonial polticies and administration and progress toward self-rule in Alaska, Haway, Guam, Samoa and the Trust territory,* Nueva York, 1949.

(35) LA PRADELLE: loc. cit., p. 10.

(36) MORESCO: *Les rapports...,* p. 531.

(37) LABAND: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, 1901. tomo II, pp. 690-691.

(38) BISCARETTI DI RUFFIA: *Derecho constitucional* (traducción española), pp. 109 y 6611 Esta posición es tradicional en la doctrina italiana, a más del famoso *Manuale,* de SANTI ROMANO, de autores de muy distinta tendencia: Así, CASTAMAGNA: *Elementi di Diritto publico fascista,* Turín, 1934, XII, pp. 83-84, y CROSSA: *Diritto Constituzionale,* Turín, 1955 (4.ª ed.), p. 176. Sobre la raíz política de esta posición, cfr. J. HARMAND: *Domination et colonisation,* París, 1910.

(39) BISCARETTI DI RUFFIA: Opus cit., p. 110: «*derecho personal* público del Estado sobre sí mismo y *derecho real* público del Estado sobre el territorio dominado, que, en esta interpretación, no sería parte del cuerpo político, sino cosa». Sin perjuicio de rechazar esta tesis, por antropomórfica, es preciso reconocer que responde plásticamente a la diferente posición del territorio, que se refleja en el Derecho español con referencia, v. gr., a la Administración de Justicia en nombre del Jefe del Estado –en España– y del Estado español –en las colonias–. Así, en Guinea, incluso durante la provincialización, cfr. Decreto de 16 de noviembre de 1961; respecto del A.O.E.,. confróntese Decreto de 23 de enero de 1953, art.º 1.º

(40) *Précis de Droit des gens,* París, 1932, I, pp. 76 y 146.

(41) *Ibídem,* pp. 7-8.

(42) *Teoría general del Estado* (traducción española), Buenos Aires, 1954, pp. 299-301.

(43) *Précis...,* p. 146.

(44) Utilizo la tipología de STRACHEY: *The end of Empire,* Londres, 1959. Cfr. MESA (Roberto): *El colonialismo en la crisis del XIX español,* Madrid, 1967; en especial, pp. 35 y ss.

(45) Es frecuente la afirmación de criterios asimilistas por vía de comparación polémica con la práctica colonial británica u holandesa (v. gr., BLANCO HERRERO: *Política de España en Ultramar,* Madrid, 1888, pp. 192 y ss.), y el primer tratadista español de Derecho colonial moderno afirma paladinamente que el territorio ultramarino es territorio nacional español [R. ESPAÑA (Gabriel): *Tratado de Derecho administrativo colonial,* Madrid, 1894, t. I, p. 12] ; pero opinión contraria mantuvo otro sector doctrinal respecto al caso de Filipinas (MORET: *El problema colonial contemporáneo,* Madrid, 1879) y esta posición la hizo

suya ante las Cortes el propio Gobierno –debo estas tres referencias a la amistosa generosidad del docto Letrado del Consejo señor Cordero Torres–. Sin embargo, cuando se contempla la cuestión desde una postura más aséptica, es notoria la ambigüedad. Así, para COLMEIRO *(Derecho administrativo español,* Madrid, 1865, tomo I, pp. 52-53): «el territorio español se compone de la Península e islas adyacentes y los preciosos restos de los dominios de Ultramar. De éstos no hablaremos, porque como nuestro régimen colonial constituye una legislación excepcional que llaman de Indias, fundada en la especialidad de los intereses que allí prevalecen, forman también un estudio aparte»; y análogo criterio mantiene, v. gr., FERRAN *(Extracto metódico de un curso completo de Derecho político y administrativo,* Barcelona, 1873, p. 200). La misma ambigüedad es evidente desde un punto de vista no jurídico en una obra tan importante como la de MACANAZ: *Principios generales del arte de colonización,* Madrid, 1873, pp. 27, 36, 266 y ss. Un discurso de Alejandro Oliván, recientemente exhumado por el profesor L. MARTÍN RETORTILLO *(«Un retrato y un discurso de Alejandro Oliván»,* en *Revista de Administración Pública,* núm. 57, págs 379-406), pone de relieve la raíz de esta ambigüedad. Defendiendo la esclavitud, es decir, un sistema de trabajo ligado a los intereses de los colonos, dice OLIVÁN: «Las posesiones españolas de Ultramar no son colonias, pues no se hallan sujetas al sistema colonial o prohibitivo, son provincias de la Monarquía» (edición citada, p. 389). «¿Quedará ya la más pequeña duda de que nuestras Leyes políticas, que sólo libertad y patria respiran, no pueden serles aplicadas?» (ed. cit., p. 395).

(46) Así, una Circular de 27 de marzo de 1857 proscribe el término «colonial», por considerarlo improcedente para las provincias de Ultramar, pero tal denominación pervive, incluso a nivel superior, hasta 1898, cfr., v. gr., Real Decreto de 26 de noviembre de 1897 *(Gaceta,* del 27). Solamente los dos textos constitucionales citados organizan la integración territorial en una forma político-administrativa homogénea, ya centralizada, ya federal.

(47) Cfr. R. MESA GARRIDO: «*Algunos problemas coloniales del siglo XIX»,* en *Revista Española de Derecho Internacional,* XLIII, (1965), 3, pp. 380 y ss.

(48) Sobre la teoría colonial del Estado nuevo ofrece interesante material el asombroso libro de CASTIELLA y AREILZA: *Reivindicaciones de España,* Madrid, 1942. Cfr. Ley de 15 de mayo de 1945, art.º 1.º

(49) Es significativo el silencio de CORDERO TORRES: *Tratado elemental de Derecho colonial español,* Madrid, 1943. Una transición «asimilacionista» de los dominios americanos a los africanos en POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo,* Madrid, 1897 pp. 280 y siguientes.

(50) Al definir constitucionalmente el territorio nacional en 1931 (artículo 8.º de la Constitución) no se admitió la enmienda tendente a integrar en el mismo las posesiones de A.O.E. y A.E.E.; por el contrario, se incluían las plazas de Ceuta y Melilla (cfr. PÉREZ SERRANO: *La Constitución española de 1931*, Madrid, 1932, p. 84). Desde un punto de vista doctrinal, se conoce la doctrina de la calificación heterogénea, cfr., v. gr., USEROS: *Derecho colonial,* en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», I, pp. 351-355.

(51) En la doctrina, sirva de ejemplo GARCÍA OVIEDO que, partiendo de la calificación heterogénea *(Tratado de Derecho administrativo,* ed. 1957, II, pp. 349 y ss.),. considera que la provincialización eleva dichos territorios «al rango del territorio nacional» (*Tratado*, edición 1962, II, p. 346). También la Jurisprudencia, v. gr., Sentencia (A. T. Valencia) de 15 de enero de 1964; cfr. nota GONZÁLEZ CAMPOS, en *Revista Española de Derecho Internacional*, XIX (1966), 1, páginas 77-79, destacando la extraña provincialización «por razones de alta conveniencia nacional».

(52) «... territorio español o en territorio de colonias o protectorado» (Ley de 7 de junio de 1940, art.º 1.º); «territorios coloniales o de protectorado» (Orden de 21 de noviembre de 1944); «... nuestros territorios de África, comprendiendo en esta denominación los territorios de Guinea Ecuatorial, Ifni, Sahara y Protectorado español de Marruecos» (Decreto de 30 de septiembre de 1944, art.º 1.º); «... todo el territorio nacional y en las zonas de soberanía de Marruecos y colonias» (Decreto de 29 de diciembre de 1948, art.º 1.º), etc. El último texto citado pone de manifiesto que el territorio sometido a plena soberanía 'puede ser otro que el «nacional».

(53) Cfr. Orden de 4 de julio de 1949, Orden de 30 de abril de 1951, Orden de 12 de febrero de 1947, art.º 16: (... territorios de soberanía y colonial», fórmula que la Orden de 18 de marzo de 1950 sustituye por los nombres de Sahara e Ifni.

(54) Por ejemplo, cfr. Decreto de 9 de mayo de 1951, art..º 1.º

(55) «... territorio peninsular e insular español, así como en los territorios africanos» (Decreto de 12 de junio de 1959, art. 1.º). Si este precepto se pone en relación con el art.º 1.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 («... yacimientos en *territorios nacionales* constituyen el patrimonio inalienable e imprescriptible de la Nación»), puede servir de argumento en favor de una pluralidad de calificaciones,

porque la diversidad de territorios no puede ser equivalente en Derecho a la dispersión geográfica, y así, el texto reglamentario considera uno –español– los espacios peninsular e insulares.

(56) Cfr. sobre el tema J. R. CAPELLA: *El Derecho como lenguaje, Un análisis lógico,* Barcelona, 1968, pág. 257 y ss.

(57) ROSS: *On Law and Justice,* Londres, 1958, página 134.

(58) Desde el Real Decreto de 27 de noviembre de 1867, creador de las Comandancias.

(59) Así, al iniciarse en Guinea la autodeterminación en 1963, se sustituye la denominación de «provincias» por la de «territorios» en algunos casos; sin embargo, las disposiciones que emanan de la Administración propiamente colonial siguen utilizando el término de «provincia». Otro tanto se apunta en el Sahara con el Decreto de 11 de mayo de 1967. El Decreto de 5 de diciembre de 1969 cambia de nuevo el nombre a la Dirección General, llamándola de Promoción del Sahara.

(60) Aviso de 2 de enero de 1957 *(B. O. del E.* de 15 de enero).

(61) Exposición de motivos de la Ley de 30 de julio de 1959. Tal fue la interpretación habitual: «... con esta *Ley que desarrolla el Decreto* de 21 de agosto de 1956» (COLA y CORDERO: *La evolución de la España de Ultramar,* en el volumen colectivo «El Nuevo Estado Español», Madrid, 1961, p. 186).

(62) Exposición de motivos de la Ley de 30 de julio de 1959. Análoga la fórmula de la de 19 de abril de 1961, referente al Sahara.

(63) Cfr. Exposición de motivos del Decreto 3.160/1963, de 21 de noviembre. También hace referencia al Decreto de agosto de 1956 el Decreto de 4 de julio de 1958.

(64) «... un detenido examen de la génesis estructural de las formas constitucionales demuestra indudablemente que el control jurídico y político de las competencias internacionales del Estado por los órganos internos del mismo no tiene otro objeto que evitar que, por vía internacional, se atente a la distribución de competencias que en el orden jurídico interno realiza la Constitución... las competencias internacionales y las competencias internas del Estado no son sino dos aspectos de una misma atribución de potestad que en favor de las mismas instituciones realiza el ordenamiento jurídico, de manera que a quien corresponde la competencia de legislar en lo interno corresponde la competencia internacional en materia legislativa...» (caso de Guinea). Esta tesis encuentra apoyo en las novísimas formas constitucionales (cfr. mi trabajo: «*El Derecho Constitucional Internacional de los nuevos Estados»,* en *Revista Española de Derecho Internacional,* XIX, 1966, 2, pp. 20-23). El proyecto constitucional español de 1929 –tan influyente en la gestación de la vigente Ley Orgánica del Estado– reserva a la Ley «la incorporación de un territorio al territorio nacional» (art.º 63,5). El Consejo matizó esta doctrina con relación al vigente Derecho español en el dictamen número 37.068, de 3 de julio de 1970.

(65) Ley Orgánica del Estado, art.º 3.º Sin embargo, ello no equivale a una prohibición formal de enajenación del territorio, puesto que, según señala el Consejo de Estado en el mismo dictamen número 36.017, tanto este artículo como la Ley de 17 de mayo de 1958 no contienen normas, sino principios rectores de la política estatal.

(66) Cfr. VENTURINI: *La Portée et les effects juridiques des attitudes et des actes unilateraux des États,* en «Rec. des Cours», 112 (1964-II), páginas 367-368.

(67) Lo mismo puede decirse con relación al Sahara. A la petición inicial del Secretario General (Doc. ONU A/C. V/331) siguió una dilación española (A/C. 4/SR. 670, 14 de diciembre de 1957, p. 95) y, tras el Decreto «provincializador», la negativa (Cfr. Doc. ONU A/C. 4/385, 10 de noviembre de 1958; A/C. 4/SR 832, 5 de diciembre de 1958; A/C 4/406, 5 de agosto de 1959). Ante la amenaza de un proyecto de resolución en el que se enumeraban los territorios no autónomos administrados por España y Portugal (Doc. A/C 4/L 649) y tras una entrevista hispanolusitana a nivel de Ministros de Asuntos Exteriores (marzo de 1961), España proporciona información y «de antemano y por su libre voluntad», según ya había anunciado su representante (Cfr. A/C, 4/SR, 1046, pp. 289 y 291).

(68) Cfr. *Chronique de Politique Etrangère,* VI (1953), 6, p. 715,

(69) En cuanto a la Sociedad de Naciones; cfr. Doc. S. d. N. C. 422, M. 176, 1931, VI, relativo al Irak. Respecto de las Naciones Unidas, confróntese YTURRIAGA, *Opus cit.*, p. 88 con las referencias allí contenidas.

(70) «... sujetos a tutela por cristiana y clarividente previsión de España» (Ordenanza del Gobierno General de Guinea de 17 de marzo de 1953). Sobre el Patronato, cfr. CORDERO TORRES: *Tratado Elementa1,* cit., pp. 178 y ss.; posteriormente fue reorganizado por Decreto de 7 de marzo de 1952. El tema de la misión civilizadora y tutelar es lugar común en las Exposiciones de motivos de Leyes y otras normas de rango inferior, ya se trate de la ordenación financiera (Ley de 15 de mayo de 1945, art. 1.º), de una norma

procedimental (Ord. G. G. de 9 de febrero de 1951), o de establecer un signo heráldico (Orden de 17 de mayo de 1955).

(71) Cfr. Ley de 21 de abril de 1949.

(72) Cfr. CORDERO TORRES: *Tratado Elemental,* cit., p. 175. Es interesante poner en relación la detención gubernativa con el trabajo forzado a través de la institución de brigadas disciplinarias de trabajo (Circulares de 29 de octubre de 1949 y 22 de noviembre de 1949. Cfr. Ord. G. G. de 9 de noviembre de 1953, art.º 1.º).

(73) Verbigracia, Orden de 12 de febrero de 1947, art.º 10,2.

(74) Cfr. Ord. G. G. de 22 de diciembre de 1954, art.º 3.

(75) Decreto 623/1960, de 7 de abril, Disposición final.

(76) SCELLE: *Précis...,* I, p. 148.

(77) Cfr. *Ibidem,* p. 147, nota 1. En este sentido, es de destacar que la situación restrictiva de los extranjeros –residuo de la vieja cláusula colonial– (cfr. VAN ASBECK: *Le régime des étrangers dans le colonies,* en «Rec. des Cours», 61, 1938, pp. 1-95) se hallaba tanto en A.O.E. (Orden de 27 de noviembre de 1950) como en Guinea (Orden de 24 de octubre de 1947, prohibiendo el trabajo de extranjeros de raza blanca; Ley de 4 de mayo de 1948, sobre el régimen de la propiedad territorial, art.º 7.º; Orden de 23 de julio de 1948, prohibiendo establecer a los extranjeros empresas en la colonia; Orden de 30 de noviembre de 1949, sobre participación extranjera en el capital de empresas coloniales). La liberalización de las inversiones no alcanza a estos territorios.

(78) Respecto de Guinea, Ord. G. G. 28 de diciembre de 1942 y las reformas ulteriores, en especial, Circular de 16 de diciembre de 1965, sólo respecto de los nativos. En cuanto al A.O.E., a partir del Decreto-ley de 9 de abril de 1934, art.º 5.º, y de la Orden de 12 de febrero de 1941; art.º 14, la Orden de 23 de octubre de 1954 –expresamente recordada tras la provincialización por la Instrucción de 11 de junio de 1960– prevé la «concesión de autorizaciones».

(79) Cfr. Infra. No parece que se hayan publicado las Leyes de Asociaciones ni de Prensa, que, por lo tanto, no regirán en aquellos territorios. El régimen de asociaciones se extendió por Orden de 13 de abril de 1970.

(80) La adecuación no comienza hasta cinco años después de la provincialización –Orden de 3 de julio de 1961–. Cuando se aborda el tema, la afirmación del principio de identidad no excluye. la modulación especial de la legislación común –Orden de 20 de octubre de 1966, arts. 1.º, 2.º y 3.º– y el criterio de «realidad laboral» –Orden de 17 de julio de 1968, art.º 1,1–, instrumentado mediante la potestad normativa del Gobernador General, permite el establecimiento de situaciones diferenciales –Instrucción. de 14 de enero de 1969.

(81) En cuanto a Guinea, Ley de 30 de julio de 1959, art.º 4.º y Decreto de 3 de julio de 1964, art.º 4,1; respecto de Sahara, Ley de 19 de abril de 1961, art.º 4.º

(82) Ley de Cortes art.º 2, II.

(83) Cfr. Instrucción de 29 de noviembre de 1966.

(84) Decreto de 3 de julio de 1964, arts. 3,1 y 44,1, a la luz del cual deben interpretarse los intereses de la Ord. G. G. de 17 de marzo de 1953 y la Ord. G. G. de 18 de septiembre de 1954 –ambas relativas a Guinea–.

(85) Utilizo esta categoría acuñada por PÉREZ SERRANO *(Estudios en honor del profesor Barcia Trelles,* Santiago de Compostela, 1958) y que introduce criterios de realidad en el análisis del vigente ordenamiento.

(86) Cfr. CORDERO TORRES: «*Las normas administrativas en las dependencias españolas»,* en *Estudios García Oviedo,* Sevilla, 1954, página 364. Como antes las coloniales, las normas provincializadoras mantienen el principio de publicación especial (Ley de 30 de julio de 1959, art.º 2.º, y Ley de 19 de abril de 1961, art.º 2.º), que opone estos territorios a la legalidad peninsular (art.º 1.º del Código Civil). DE CASTRO, sin embargo, afirma, contra el tenor estricto de las normas, «los territorios a que se alude en el artículo son los de plena soberanía española, comprendiéndose entre los territorios de Africa a todas las posesiones de plena soberanía» *(Derecho civil de España,* I, p. 626).

(87) Ley de 30 de julio de 1959, Disposición adicional –respecta de Guinea–, y Orden de 12 de noviembre de 1958 –respecto de Ifni y Sahara–. Cfr. Decreto de 31 de marzo de 1960, art.º 10 (Guinea) y Decreto de 14 de diciembre de 1961, art.º 13.

(88) *Principio de clandestinidad:* ejemplo: no publicación en el «Boletín Oficial de la Colonia», de acuerdo con lo dispuesto en el art.º 13 de la Ord. General de 1938, de la Ley de 15 de marzo de 1945,

sobre ordenación financiera de Guinea. Tampoco –ya en régimen de provincialización– se publicó, entre otras, la Ley de Procedimiento Administrativo, que, sin embargo, se entendió siempre vigente.

Principio de anarquía normativa: ejemplo: la Orden de 16 de enero de 1962 declara aplicable a Guinea, entre otras normas, el Código Civil, la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, la Ley de Hipoteca mobiliaria, la Ley de Aguas, etc., pero «todas las antedichas disposiciones se entenderán aplicables en cuanto no se opongan a lo dispuesto en las Órdenes de esta Presidencia del Gobierno...». Los casos podrían multiplicarse.

(89) SCELLE: *Précis...,* I, p. 148.

(90) «Bajo la inmediata dependencia de la Presidencia del Gobierno» –Decreto de 31 de marzo de 1960, art.º 2.º–. En cuanto a la evolución de este Centro, cfr. CORDERO TORRES: «*Problemas de la Administración a distancia: la organización metropolitana de las dependencias»,* en *Revista de Administración Pública,* núm. 3, pp. 28 y sigs: Por ello se dan ante este organismo los recursos de alzada y la avocación propia de la relación jerárquica.

(91) Decreto de 31 de marzo de 1960, art.º 7.º –respecto de Guinea–; Decreto de 10 de enero de 1958, art.º 2.º –respecto de Ifni–; Decreto, de 14 de diciembre de 1961, art.º 8.º» –respecto de Sahara–. Es interesante señalar que en el A.O.E. se exigía la previa comunicación a la citada Dirección General para la entrada en dichos territorios de toda Autoridad a la que el Gobernador General no estuviese inmediatamente subordinado (Orden de 23 de noviembre de 1954, art.º 12).

(92) Así lo hace F. MARTÍN GONZÁLEZ: «*La división administrativa española y los acontecimientos africanos: Cuatro nuevas provincias de régimen especial»,* en *Rev. Est. Vida Local,* XIX (1960), 114, página 843.

(93) Decreto de 31 de marzo de 1960, arts. 9.º a 14 y 16 –respecto de Guinea–; Decreto de 10 de enero de 1958, art.º 5.0 –Ifni–; Ley de 49 de abril de 1961, art.º 14, y Decreto de 14 de diciembre de 1961, artículos 2.º y 15 a 22 –Sahara.

(94) Ley de 30 de julio de 1959, art.º 11, y Decreto de 31 de mayo de 1960, arts. 2.º y 14.

(95) Cfr. Decreto de 29 de noviembre de 1962, arts. 14, 29, 65,n, 66, 68...

(96) Cfr. Instrucción G. G. de 20 de marzo de 1962, art.º 3.º

(97) Orden de 28 de noviembre de 1968, que modifica la de 5 de diciembre de 1944.

(98) Merced a la composición paritaria de la Asamblea General: por las dos Diputaciones (Decreto de 3 de julio de 1964, art.º 13). Confróntese el Reglamento de la Asamblea de 10 de octubre de 1964. Todavía falta un estudio en profundidad sobre el funcionamiento del régimen de autonomía en Guinea Ecuatorial, tema sobre el que prepara una investigación muy amplia el señor Gard, de la Universidad de Los Angeles.

(99) Creada, por el Decreto 1024/1967, de 11 de mayo, que añadió un Capítulo XX al «Ordenamiento de la Administración Local en el Sahara» de 29 de noviembre de 1962. Su composición es, en gran parte, fruto de «elecciones libres» (= sufragio universal directo de los mayores de edad de las fracciones nómadas, art.º 168). Sus competencias fundamentales son políticas: «1.º examinar y emitir dictamen en todos aquellos asuntos de interés general del territorio; 2.º ser informada de las disposiciones con rango de Ley o de Decreto que deben regir en el Territorio, pudiendo, a este respecto, formular las objeciones o sugerencias que se consideren oportunas para su adaptación, a las necesidades del mismo; 3.º proponer al Gobierno, por propia iniciativa, la adopción de las medidas y normas jurídicas necesarias para el cumplimiento y desarrollo de las Leyes del Estado» (artículo 173). Es evidente la analogía de este precepto con el art.º 17 del Decreto de 3 de julio de 1964, referente a Guinea Ecuatorial.

(100) Tal ha sido la interpretación del propio legislador, al situar el régimen sahariano entre «la diversidad de instituciones y de regímenes administrativo-económicos actualmente existentes en España, las variedades económico-forales y la especial configuración de los Cabildos insulares» (Exposición de motivos de la Ley de 19 de abril de 1961). Tal ha sido la posición unánimemente sostenida por los autores que en España han abordado el tema.

(101) Ley de 30 de julio de 1959, art.º 13. «Aucune des slogans integrationistes n'a pu transformer une société profondement différente de celle de la Metropole» [FLORY: *Loi Cadre,* en «Encyclopedie Francaise», X ed. 1964, pp. 68,a)].

(102) En Guinea, por el Decreto 623/1960, de 7 de abril; en el Sahara, por el ya citado de 29 de noviembre de 1962. En este segundo caso, la organización municipal no es continua. Atendiendo a lo dispuesto en la Ley de Régimen Local, art.º 1.º (cfr. Reglamento de Población y Demarcación, de 17 de mayo de 1952), la Sentencia (Audiencia Territorial de Pamplona) de 19 de octubre de 1965 afirmaba que «el territorio nacional se divide en su integridad en términos municipales y no en términos municipales, de

una parte, y, de otra, en territorios de dominio público, pues tal tesis... llevaría al resultado absurdo, y por ello rechazable, de que las zonas demaniales no integran el territorio del Estado español», con lo que permitía concluir que el territorio nacional era exclusivamente territorio municipalizado, de acuerdo con la Ley de Régimen Local y con la tradición constitucional, excluyendo, por lo tanto, los territorios extravagantes africanos; sin embargo, el Tribunal Supremo, al confirmar la Sentencia citada, puntualizó que «... el territorio nacional en la Península e islas adyacentes está totalmente distribuido en términos municipales contiguos entre sí» (Sentencia de 2 de octubre de 1967), dando a entender de esta manera que fuera de dichas zonas, había territorio nacional ajeno a la organización municipal. El «fetichismo de los kilómetros cuadrados» de que hace gala el señor CORDERO TORRES –ponente de dicha Sentencia– (*Tratado,* p. 7), tal vez no sea ajeno al tenor de la Sentencia, manifiestamente contraria a los términos de la Ley de Régimen Local.

(103) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Provincia en el Régimen Local español,* recogido en su libro «Problemas actuales del Régimen Local», Sevilla, 1957. Por ello, no creo procedente tomar el régimen autonómico de Guinea Ecuatorial como piloto para la necesaria regionalización de España, como propone MONTORO PUERTO: «*La región ecuatorial y las provincias españolas»,* en *La Provincia,* Barcelona, 1966, II, páginas 115-128.

(104) MERKL: *Derecho administrativo,* traducción española, Madrid, 1935, p. 432.

(105) Como antecedente colonial baste citar la Ord. General de 1938, arts. 10 y 11. Como ejemplo concreto y posterior a la provincialización, el Convenio entre la Federación de Nigeria y la provincia de Guinea sobre reclutamiento de braceros *(Boletín Oficial del Estado* de 1 de octubre de 1957).

(106) Cfr. FLORY: *Loc. cit.*, p. 69-a.

(107) KELSEN: *Teoría general del Estado,* traducción española, página 219. En cuanto a la evolución doctrinal, cfr. SCHOENBORN: *La nature jurídique du Territoire,* en «Rec. des Cours», 1929, IV, pp. 85-189.

(108) Verbigracia: Constitución de Marruecos de 1970, art.º 19; Constituciones de Pakistán de 1956, art.º 203, y de 1962, art.º 221. Como ejemplo de un Estado dividido, Constitución de la República Democrática del Vietnam de 1959, art.º 72.

(109) *Tratado de Derecho Internacional Público,* traducción española, ed. 1967, p. 72.

(110) «... convencida de que todos los pueblos tienen un derecho inalienable a la libertad absolutas al ejercicio de su soberanía y a la independencia de su territorio...» (Res. A. G. 1.514 (XV) del 15 de diciembre de 1960).

(111) Sobre este aspecto, cfr. GOTTMANN: *La politique des États et leur geographie,* París, 1952, pp. 70-120. Así parece intuirlo COLMEIRO cuando dice: «El ciudadano dentro del territorio nacional vive como el hombre privado en la casa que habita y en el campo que cultiva» *(Derecho administrativo español,* 1, p. 47).

(112) *Contribution a la Théorie Générale de l'État,* I, p. 4, nota 4.

(113) *The Approach to Selfgovernment,* Londres, 1958, p. 58.

14. EL TERRITORIO NACIONAL COMO ESPACIO MÍTICO

(Contribución a la teoría del símbolo político)

«La vida se agosta si se abandonan los templos de los dioses y las tumbas de los antepasados».

(Plutarco, Temístocles, 9)

INTRODUCCIÓN

Quienes nos asomamos al Derecho Constitucional Comparado a través de la obra ejemplar de Manuel García-Pelayo, admiramos al geógrafo de los sistemas jurídicos, expositor de rigor metodológico tanto más apreciado cuanto que su obra apareció en un medio y una época en la que los estudios de derecho público eran sofocados por la maleza político-lógica, ya pseudofilosófica, ya pseudopositivista.

Sin embargo, García-Pelayo supo ver cómo «toda construcción y modificación del derecho procede primeramente de lo que hay antes y detrás del derecho, de le que condiciona» (1). Precisamente, una de estas dimensiones que sostienen y condicionan el mundo jurídico son los factores irracionales, tema de dos bellas monografías del autor a quien estas páginas se dedican (2). En ellas se señala, siguiendo la *Filosofía de las formas simbólicas* de Cassirer, la coexistencia *Del Mito y la Razón en el pensamiento político,* según corresponde a dos maneras de instalación en el mundo, a dos formas de conocimiento y operación sobre los objetos. Así, por ejemplo, señala nuestro autor (3),cómo entre los británicos o en la Hungría prerrepublicana la racionalización jurídica de la Corona, instrumento legal, no excluye la noción mítica de la misma, destinada a operar en el campo emocional. Sin embargo, este enfoque lleva a mantener un paralelismo de las

formas de expresión e incluso a rehabilitar o, lo que es inverso pero análogo, a condenar un extraño y peligroso lenguaje de lo inefable (4).Reprimido por la Razón en el imperio de lo oculto, «el mito sigue siempre ahí, acechando en la tiniebla, esperando su hora y su oportunidad» (5).

La experiencia cotidiana y, en este caso, el derecho y la política comparados demuestran, por el contrario, cómo *razón y emoción* aparecen íntimamente entremezcladas –¿Acaso la corona británica en el s*tatus of Westminster* es una figura plenamente racional?–. Cuáles son los límites, a veces pasmosamente estrechos, de la fecunda racionalización del poder y, en fin, cuán equívoca, insegura y reversible es la senda que va del Mitos hasta el Logos. Ambas categorías no son ni paralelas en una morfología del pensar ni sucesivas en su historia. Los más recientes análisis fenomenológicos de las experiencias naturales y culturales nos los muestran como estratos superpuestos (6),no tanto porque el «logos» supere al «mito» sino porque éste cimienta a aquél por doquier, incluso en una esfera tan racionalizada como es el derecho.

La finalidad de las páginas que siguen es comprobar esta tesis tomando lo que Husserl denominaba «conciencia de ejemplo», es decir, el examen de un problema general a través de un tema concreto, en el análisis de una de las categorías clásicas de la clásica Teoría del Estado, el territorio.

En efecto, el territorio, tanto por lo que es –elemento del Estado en sentido estricto y ámbito de su competencia en sentido amplio– como por lo que no es –espacios en los que el Estado ejerce competencias específicas de diferente índole– (7),ha sido tematizado hasta la saciedad por los estudiosos del derecho público y convertido en una categoría sumamente racional. Sin embargo, las articulaciones de esta categoría, v. gr., la distinción de las dos acepciones del territorio mencionadas, no pueden ser explicadas por y desde la pura racionalidad y sí, en cambio, desde el campo simbólico. Para comprobarlo examinaremos, en primer lugar, la decantación doctrinal del concepto jurídico del territorio estatal y los problemas planteados por esta misma decantación (I); esbozaré, en segundo término, una interpretación de dicho territorio como «espacio mítico» (II); y aplicaré, por último, los resultados así obtenidos tanto a reconstruir una teoría jurídica del territorio en que la razón aparezca fundada por la realidad emotiva, como a deducir unas tesis generales sobre los símbolos políticos que pueda, en su día, servir de jalón a la Crítica de la Razón Mítica (8) todavía *in fieri* (III).

Si, al decir de Heidegger, cuanto más grande es un pensador más importante es la parte impensada de su obra de pensamiento, nada mejor, para rendir el merecido homenaje a Manuel García-Pelayo, que proseguir, allende sus obras pioneras, las líneas en ellas incoadas.

1. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL TERRITORIO

Tres son las principales interpretaciones jurídicas del territorio estatal: Las doctrinas de la propiedad, o del objeto; las doctrinas de la calidad, o del elemento; las doctrinas de la competencia (9).

Para las primeras, el territorio es objeto de un derecho real del Estado. Su último y más agudo representante, Donati, afirma: «la potestad de imperio del Estado no es una sola potestad... sobre el mundo exterior. Junto a la potestad de imperio como potestad sobre los individuos se halla, distinta, la potestad de dominio territorial como potestad sobre el territorio» (10).

Para la segunda el territorio es un «momento» del Estado, «un elemento constitutivo de su estructura» (11) ... y no es su menor argumento la fácil crítica que puede hacerse a la tesis dominicalista atendiendo a la imposibilidad de mantener la identidad del Estado en el supuesto de un cambio total o, lo que es más probable, una pérdida del territorio. En la medida en que éste es esencial al Estado no puede oponerse como un objeto a un sujeto sino que, ajeno al haber estatal, corresponde más bien al ser del Estado.

Por último, en la medida que la teoría de la calidad considera al territorio, en expresión de Jellinek, como «al mismo Estado en su limitación territorial» (12), de manera que en modo alguno es objeto de la dominación estatal, sino «límite espacial de esta dominación» (13), se abre paso la doctrina de la competencia, iniciando paralelamente por Radnitzky y Duguit (14) a comienzos de siglo y, de acuerdo con la cual, el territorio no es el elemento de una inexistente personalidad, sino, al decir de los debeladores de esta personalidad, «el límite de la acción de los gobernantes» (Duguit), o, para la Escuela de Viena, el «espacio de vigencia del orden jurídico» (Kelsen). En esta línea el más ilustre representante de dicha Escuela en este campo, Alfredo Verdross (15), saca la consecuencia de la tesis kelseniana sobre la primacía del orden internacional y concluye definiendo al territorio como ámbito espacial sobre el cual el derecho internacional reconoce al Estado soberanía territorial.

Ahora bien, esta noción técnico-jurídica, en muchos aspectos hoy dominante, es notoriamente insuficiente a la hora de explicar fenómenos de raíz política, pero cuya juridicidad es indudable, como la heterogénea calificación del territorio y las diversas manifestaciones de su infungibilidad.

Si en principio el territorio es el ámbito de la soberanía estatal, no se explica la distinción avalada por la doctrina y la práctica universales entre el territorio metropolitano y el territorio colonial, máxime cuando se trataba de colonias en el sentido estricto y no de otras formas de territorio no autónomas (16). Se ha pretendido que la diferencia entre uno y otro ámbito de la misma sobera-

nía estatal radica en las diferentes competencias fácticas que en cada uno de ellos ejerce el Estado (17). Sin duda esto es cierto y a la hora de saltar por encima de las denominaciones y atender a las condiciones de un territorio, es piedra de toque la condición jurídica de sus habitantes, pero detenerse en tal explicación es responder la cuestión con otra nueva, puesto que cabe preguntarse el porqué las competencias difieren en ámbitos distintos. En el fenómeno colonial ello podía explicarse, porque en términos de Scelle (18), «la colectividad colonizada es distinta de la colectividad metropolitana» y en consecuencia «los sistemas jurídicos de ambas comunidades son necesariamente diferentes porque se dirigen a grupos cuyas necesidades se encuentran recíprocamente en las antípodas». Pero ni ello ocurre, necesariamente, siempre, ni la explicación es válida en aquellos supuestos, ajenos al mundo colonial, en los que existe una pluralidad de territorios sin que se dé una pluralidad de poblaciones.

Tal es, precisamente, uno de los casos típicos de la categoría de «fragmento de Estado», hoy en vías de resurrección (19). Basta pensar en el Reino de Croacia desde 1868 hasta 1918, y actualmente en Escocia y el País de Gales. En todos estos casos existió y existe un territorio propio, pero no hubo en el Reino de Croacia una específica naturaleza croata, de la misma manera que en Gran Bretaña no hay sino una sola nacionalidad británica (20). De hecho, otro tanto ocurre en el llamado Estado Federal Unitario, donde la nacionalidad es única y el ejercido del derecho electoral en un determinado país depende de esta nacionalidad única más el criterio de la simple residencia (21).

En todos estos casos está fuera de dudas que existe un territorio bávaro o escocés, dotado de una entidad infungible, como hasta 1918 existió un territorio nacional croata (22), pero ello no puede explicarse como lo haría Jellinek o Romano en atención a un peculiar pueblo bávaro, escocés o croata, que no existe como tal. La diversidad de tales territorios es independiente, hoy, de la existencia de un solo pueblo alemán o británico, como ayer lo fue de una sola ciudadanía húngara.

En consecuencia la heterogeneidad de territorios sometidos a una única soberanía estatal, es incompatible con la interpretación del territorio como mero ámbito competencial.

Por otro lado, la teoría de la competencia se ha afirmado señalando que un territorio concebido como elemento de la personalidad del Estado no sería susceptible de cesión sin alterar la naturaleza de aquél, lo cual contradice la práctica general de los Estados (23). Sin embargo, no resulta infrecuente que las constituciones de cada Estado prohíban la cesión territorial o la sometan a especiales condiciones de rigidez e incluso delimiten ellas mismas el territorio nacional sometiendo, por tanto, su alteración al procedimiento de revisión

constitucional (24). Ciertamente estas garantías son irrelevantes frente a terceros o al menos no podrán ser invocadas más que en los términos generales en que la violación de las normas internas reguladoras del poder exterior pueden viciar el consentimiento del Estado (25). Pero, en todo caso, revelan la interpretación que el propio Estado hace de su territorio. Curiosamente, estas garantías no se extienden a todo el territorio soberanamente administrado por el Estado, sino sólo a una parte del mismo al que aparece íntimamente vinculado y que se considera territorio nacional. Incluso, cuando se trata de su defensa, se distribuyen de manera distinta las competencias de los órganos del Estado, y disminuyen los controles sobre el ejecutivo como si la salvaguarda de este mero ámbito de competencia fuera ley suprema, mientras que el mismo ataque, realizado contra ámbitos de las mismas competencias, no da lugar a esta situación de urgencia o excepción (26). Si el territorio nacional no es más que una dimensión cuantitativa de la competencia estatal, es difícil de explicar por qué una parte se configura como vinculada y otra puede considerarse objeto de libre disposición; por qué la defensa de la primera es, como la misma salvación del pueblo, ley suprema, y por qué la otra se rige por principios de mayor mecanicidad y racionalidad.

Por último, existen casos en los que el Estado reivindica, incluso constitucionalmente (27), un determinado territorio, no como ámbito cuantitativo de su competencia, ni porque pretenda ejercer su imperio sobre quien en tal territorio habita, sino porque lo estima valioso en sí mismo con independencia de su dimensión, noción fundamental en una interpretación del territorio como ámbito, o de su utilidad material, noción fundamental en una interpretación del territorio como objeto. Desde esta perspectiva el territorio así reivindicado aparece estrechamente vinculado al ser de Estado que se encontraba incompleto mientras dicho territorio se mantenía irredento.

Más aún, si como afirma Verdross, el territorio es el espacio atribuido por el orden internacional a la competencia del Estado, es lógico que del respeto mutuo a la integridad territorial se haga principio rector de la vida internacional, por la Carta de las Naciones Unidas, pero será absolutamente inexplicable e ilógico el que la práctica de esta organización amplíe su tutela a casos en que se afirma, frente a la actual distribución de competencias, el valor de la integridad territorial del Estado que todavía no existe, esto es, de un pueblo en vía de autodeterminación (28).

Sin duda, la práctica internacional contemporánea exige para la atribución del territorio a la competencia del Estado su ejercicio efectivo, aunque no falten síntomas de decadencia de este principio, pero no es menos cierto que la vieja tesis de la ocupación simbólica sigue latiendo en el supuesto no frecuen-

te, pero tampoco excepcional, de títulos históricos, residuo de derechos más antiguos que los vigentes, creados por la aquiescencia, en cuanto que la protesta de un Estado impide que se consolide respecto de él una determinada situación jurídica (29). Se trata, pues, de la afirmación de un derecho que interrumpe la prescripción de terceros y que no exige la posesión *de facto*.

En todos estos casos, muy frecuentes en la práctica internacional y comparada, y cuyas implicaciones son de importancia suma, el territorio no aparece como la delimitación espacial de una competencia, es decir, una medición cuantitativa, sino como un valor cualitativo vinculado a un concreto «lugar». Se da lo que Scelle denominaba sin poder explicarlo, *obsesión* por el territorio.

No es la teoría de la competencia ni por supuesto la vieja tesis dominicalista el instrumento capaz de explicar estos fenómenos y, por lo tanto, deben de ser desechadas, puesto que la única e indispensable exigencia que de una teoría jurídica puede y debe predicarse es su capacidad para explicación lógica de los hechos. No es lícito, como resulta frecuente en muy respetables sectores doctrinales, acantonar la validez de la explicación teórica a una sola perspectiva, normalmente la de la propia disciplina jurídica, reconociendo su insuficiencia a la hora de dar cuenta de otros aspectos no menos jurídicos del mismo fenómeno y sirvan de ejemplo los brevemente enunciados más atrás.

Sin embargo, antes de ensayar un retorno hacia la doctrina de la cualidad, es útil atender al denominador común de los fenómenos descritos. Todos ellos tienen un profundo contenido político y remiten a la dimensión «integradora» que Rodolfo Smend señalara como substancia del Estado y de su derecho constitucional. Ahora bien, para Smend (30), el Estado y sus elementos, el territorio entre ellos, «son» sólo en la medida en que «integran», y estos factores de la integración, momentos de la existencia estatal, sólo se comprenden en la trama de vivencias en que la realidad social consiste. Es preciso, por lo tanto, atender a esas vivencias, al «territorio» tal como se *vive,* y ello es lo que nos lleva a su consideración emotiva.

II. LA CONCEPCIÓN MÍTICA DEL TERRITORIO

E. Cassirer (31) ha puesto de relieve a través de laboriosos análisis las diferencias entre *espacios matemático, mítico y perceptivo.* Aquí sólo interesa destacar las características del segundo. Ante todo, el espacio mítico es *antropométrico:* en él, el hombre se sitúa y autolimita frente a la naturaleza. Ello lleva a dos consecuencias fundamentales. Por una parte, el espacio mítico, como el espacio perceptivo y a diferencia del espacio matemático, es un espa-

cio *heterogéneo*. No hay diferencia entre posición y contenido, de modo que cada ente se define por el sitio que ocupa en la síntesis cósmica espacializada. Si la representación cósmica del espacio es, en la terminología de Cassirer, una elaboración simbólica, nosotros podemos decir que la visión mítica del mundo es una representación cartográfica, esto es, espacializada, de cuanto existe, sea real o no.

Esta heterogeneidad da lugar a que el espacio mítico sea *cualitativamente valorado,* esto es, objeto de una carga energética; pero el fundamento de esta valoración cualitativa consiste en que el antropometrismo supone *referencia a una situación límite,* aquellas conceptualizadas en lo que Heidegger llama «existenciales» y que el hombre ha de resolver situándose en el cosmos. Por ello, el espacio mítico, como hogar o raíz, o centro, o pilar, o escala, o tantos signos más de que la fenomenología de la religión da cuenta (32), no es una magnitud meramente física sino, ante todo, una *magnitud emocional* o, en lenguaje kantiano, una magnitud *intensiva,* esto es, aquellas que se obtienen aplicando a las intuiciones puras –espacio–, no las categorías de calidad –extensión–, sino las de calidad –energía–. La psicología profunda ha ilustrado cómo esta noción apriórica puede extrapolarse más allá de la física.

De otro lado, el espacio mítico es, frente al espacio perceptivo y como el espacio matemático, un espacio *metaempírico.* Esto es, no se trata, como en aquél, de un «sitio» determinado por la presencia, sino de una ordenación espacial del cosmos todo. Pero esta ordenación no se obtiene, como en el espacio matemático, de un modo genético formal, es decir, engendrado a partir de sus elementos de acuerdo a una regla determinada –punto, línea, plano, etc.–, sino que aparece como una relación de *inherencia estructural* en la que cada parte reproduce el todo y viceversa. De aquí que, como señala Merleau-Ponty (33), lo simbólico en cuanto tal, y por ello el espacio simbólico, sea reversible.

Pues bien, todas estas características aparecen en el Territorio Nacional, incluso cuando esta noción se depura a través de la Teoría del Estado y del Derecho Público. Más aún, las categorías de aquélla y las técnicas de éste no hacen sino reflejar esta naturaleza simbólica,

El territorio nacional no es un mero soporte espacial del poder estatal. Basta para comprobarlo, observar la diferencia que media entre la concepción del territorio propio del viejo principio del equilibrio, cuando cada milla, como cada alma, resultaba perfectamente mensurable y fungible con las demás y la nueva idea de territorio como «solar propio» vigente tras el triunfo del principio de las nacionalidades. El grupo expresa con su territorio, a través de términos espaciales, lo que no es espacial: su propia identidad.

Buena prueba de ello es el que en las relaciones internacionales, antes de surgir el principio de las nacionalidades, el territorio sometido al Estado era, en razón inversa a su protonacionalidad, mero soporte de poder, regido, como magnitud cuantitativa, por el principio del equilibrio. Así, tras el incumplido Tratado de Madrid (1526), los Estados de Borgoña protestaron de su separación de la Corona de Francia y ello es prueba de la protonacional emergente frente a los derechos dinásticos que en su favor podía alegar Carlos I; pero todavía dos siglos después el Emperador José II se proponía canjear sus posesiones de Flandes por Baviera al Príncipe Elector de este país, y sabido es cómo durante el período napoleónico funciona el principio de compensación territorial allende la frontera francesa. Fue la interpretación nacionalista del territorio, es decir, su toma en consideración como uno de los elementos identificatorios de la comunidad, la que transforma al mismo, ya poseído, ya reivindicado, en una magnitud intensiva, afectivamente cualificada, que deja de ser homogénea con los demás y por ello mismo fungible. La integridad territorial llega a ser, de esta manera, un dogma irrenunciable y los territorios perdidos se convierten en horizonte de permanente reivindicación, «herida siempre abierta» que la literatura e incluso la cartografía no dejan cicatrizar (34); aspiración territorial jurídicamente calificada como tal.

El principio del equilibrio no rige ya entre estas magnitudes que por llevar una carga afectiva dejan de ser homogéneas. Así la expansión colonial no compensa a Francia de la pérdida de Alsacia-Lorena ni Libia a Italia de los irredentos territorios del norte. Por el contrario, en el mundo colonial, donde no rige el principio de las nacionalidades, se aplica el equilibrio entre territorios suceptibles de intercambio y respecto a los cuales caben derechos de preferencia (35). Cuando el nacionalismo hace aparición en este campo, surgen los mismos fenómenos de reivindicaciones e irredentismos propios de la Europa Nacional y hasta los límites administrativos de las colonias se cargan de afecto nacionalista. Basta recordar la constitucionalización de las fronteras determinadas por el *uti possidetis* (36). Es pues, la visión nacionalista la que convierte en nacional el territorio como a los demás aspectos de anatomía nacional. En ello consiste el antropometrismo del territorio nacional.

Esta característica antropométrica explica la radical heterogeneidad del territorio nacional respecto de cualquier otro espacio, incluso cuando ambos, como quedó señalado atrás, son desde el punto de vista jurídico límite de la misma competencia estatal. Porque el territorio, merced al cual la comunidad se identifica frente a terceros, es un espacio vital, y como señala el autor al que estas líneas van dedicadas, éste «no es algo que nos sea exterior sino algo que

penetra en el interior de cada uno de nosotros mismos... y contribuye a configurarle de una determinada manera» (37).

A su vez esta heterogeneidad da cuenta de su valoración cualitativa, es decir, de su magnitud afectiva y García-Pelayo ha puesto de relieve que la propia tierra, al igual que en las concepciones míticas, aparece como, la localización de un espíritu, el *genius loci* vinculado al propio ser y que ni puede habitar fuera de ella ni abdica de su celo por ella (38). Por todo ello, el territorio nacional se limita a un espacio único, pleno frente al vacío exterior, calificaciones éstas de todo punto ajenas a la geometría y de las que solamente es capaz de dar cuenta la fenomenología de los sentimientos y de su expresión poética (39). Por eso, a su vez, el territorio nacional es infungible y ello explica que frecuentemente el derecho constitucional lo califique de inalienable.

De otro lado, el territorio nacional, frente al carácter perceptivo de los demás espacios afectivos, desde el seno materno a la propia casa y la propia tierra, es un espacio *metaempírico*. Sus límites no los determina la geografía sino la historia, es decir; una, reconstrucción ideal tanto del pasado como del futuro. El establecimiento de las fronteras *antiguas y modernas* («cierre de los Estados», catecsis nacionalista del *uti possidetis),* la misma noción de «fronteras naturales», mera consecuencia de una unidad nacional reivindicada *a priori,* confirman sobradamente lo dicho.

Vidal de la Blanche y Ancel, en trabajos ya clásicos (40), han señalado cómo no es la naturaleza sino la historia quien fija, entre las naciones, fronteras sedicentemente naturales. El mundo prenacional conoció las fronteras que Lavisse denominó «blandas». El nacionalismo las *endureció,* pero no sólo porque el Estado consolidara simultáneamente sus competencias, sino porque en ellas se delimitaban dos identidades nacionales. Por ello, la frontera conserva su importancia emotiva incluso cuando, como ocurre hoy, se hace osmótica y el derecho fronterizo se convierte en un derecho de vecindad (41).

A la vez, el territorio nacional es un espacio que excede con mucho al lugar al cual el nacimiento o la vecindad vinculan, esto es, la lealtad felina de la que tan frívolamente hablaba Carlton Hayes (42) como ingrediente del patriotismo. Más aún, históricamente, el territorio se constituye como nacional cuando, lenta o súbitamente, los vínculos con el lugar y la oposición correspondiente con los lugareños del villorrio cercano se diluyen en una entidad que, por su amplitud, escapa necesariamente a toda sensibilidad física; cuando, por ejemplo, al decir de los franceses de 1789, «no hay ya provenzales, ni bretones, ni hijos del Delfinado, sino leales súbditos de un mismo Imperio». La lucha de los más recientes nacionalismos contra las fidelidades étnicas y locales, obstáculos a salvar para construir una nación, abunda en los mismos tópi-

cos. También aquí puede recordarse el paralelismo entre esta configuración de territorio nacional y la plena homogeneidad interior de los espacios afectivos.

Sin embargo, la *inherencia estructural* del todo y de las partes, y la consiguiente reversibilidad del territorio nacional comprobada a través de los irredentismos y del mismo principio, jurídicamente consagrado, de la integridad territorial, demuestra que el carácter metaempírico señalado no es de orden matemático sino simbólico. El espacio matemático es divisible hasta el infinito; por el contrario, un espacio mítico, como el Territorio Nacional, es absolutamente indivisible y por ello, su mutilación, incluso cuando afecta a la más pequeña de sus partes, equivale a su pérdida. Así, el nacionalismo francés de principios de siglo consideró la recuperación de Alsacia-Lorena como requisito indispensable para el restablecimiento nacional, el nacionalismo indio de los años cincuenta exigía la integración de los minúsculos enclaves portugueses, y España proclama su derecho sobre Gibraltar (43).

¿Qué es lo que convierte en espacio mítico la materialidad del territorio? Sin duda alguna, la potencia simbólica de la comunidad, que se afirma como un ente terrícola y carga su sede de afectos colectivos. No faltan paralelismos en otras especies animales, hasta el punto de que cabría hablar del *imperativo territorial* como *a priori* biológico. El espacio es así condición de toda comunidad que, desde la pareja más primaria, exige para constituirse un asentamiento territorial.

Pero aquí no interesa sino el territorio nacional convertido en tal por la carga afectiva que el nacionalismo supone. En la fase protoestatal de Occidente el territorio adquiere paulatinamente un relieve corporativo. En la Alta Edad Media la *terra* era la comunidad de señores efectivos de la tierra que viven de acuerdo con el mismo derecho del lugar y mantienen allí la paz. De esta comunidad de derecho y paz surge la conciencia de pertenecer a un mismo país (44). Cuando la sociedad feudal es superada por la organización estamental y corporativa surgen por doquier las comunidades territoriales (las *universitates terrae* del derecho inglés) y, para reducirnos al ámbito hispánico, basta recordar cómo, al menos desde Alfonso X, la tierra propia «que llaman en latín patria» (Partida l.ª, I, 2.ª), adquiere relieve corporativo como elemento de la totalidad política en la cual «los omes han mayor sabor de vivir e morar» (IIª, XI, 1.ª) y con el cual «por nascer en ella» tienen la mayor obligación (IIª, XX, 1.ª). Otro tanto ocurre en la Corona de Aragón, y por toda Europa abundan los paralelismos (45). La disolución, en fin, del orden corporativo a partir del Renacimiento, redundó en un fortalecimiento del Estado territorial (46).

Ciertamente, una consideración histórica del territorio estatal no deja lugar a dudas sobre su inicial condición de objeto de un derecho real, concepción esta

que perdura hasta muy entrado el siglo XIX y aún más adelante» (47). Pero ello es así en virtud, precisamente, de las reminiscencias feudales que perduran junto con el antiguo régimen y sus residuos. Ahora bien, los derechos reales feudales poco tienen que ver con las asépticas categorías jurídicas construidas por los pandectistas. La tierra es la carne del feudalismo como la relación de vasallaje es su sangre y su espíritu. La tierra no es sólo objeto de una relación, sino que su condición reviste gran importancia y llega a objetivizarse e independizarse de su propietario que, inversamente, recibe de ella su *status*. De esta manera, la adquisición de tierras nobles ennoblece, como la propiedad de tierra plebeya somete a obligaciones de pechero e, incluso, ya entrado el siglo XVIII, para ser un rey sin superior, el de Prusia necesita un territorio exterior al Imperio Germano (48).

El territorio funciona, pues, como expresión espacial, física, del cuerpo político. Es allí y no en el poder donde radica la unidad política. Cuando este cuerpo político lo constituyen el rey y los estamentos o su *valentior pars,* «rey y nobles» (49), no es de extrañar que el territorio de la comunidad se constituya sobre categorías feudales y dominicales. La comunidad nacional que históricamente toma su relevo, también encuentra en el territorio su dimensión y carga éste su elemento corporativo de afectos todavía más intensos, como más intenso es su grado de integración. Contemplado así, *sub specie patriae,* el territorio se convierte en parte del ser nacional, en territorio nacional.

III. HACIA UN DERECHO DE LO SIMBÓLICO

Analizando una vez más los rasgos y características del «espacio mítico» se pone de manifiesto su condición de espacialidad de situación. Pero resulta indudable que si de algún lugar puede decirse, con el poeta, «soy el sitio en que estoy», este es el cuerpo propio.

En efecto, tal como ha sido explicitado por la fenomenología existencial (50), el cuerpo propio es el factor *antropométrico* por excelencia al que no puede atribuirse una cualidad espacial de índole puramente geométrica (partes extra partes) y resultaría eminentemente grotesco afirmar que «si mi brazo está sobre la mesa... se encuentra al lado del cenicero, como éste se halla junto al teléfono». El cuerpo no está solamente entre las casas, sino que es «mi acceso a las cosas», y este ser origen de todas mis percepciones sobre el mundo es lo característico del cuerpo convertido, de tal manera, en «aquí fundamental». Por eso, el cuerpo propio es radicalmente *heterogéneo* respecto de todo otro volumen, como raíz de toda espacialidad, en tomo al cual se articula lo extenso, lo lleno y lo vacío.

Por otro lado, el espacio corporal *no es perceptivo,* puesto que «no estoy ante mi cuerpo sino en mi cuerpo, o mejor aún, soy mi cuerpo» y, sin verlo, lo contemplo desde dentro tanto en su totalidad como en su posibilidad.

En fin, la «síntesis del cuerpo propio» nos revela, en vez de la coordinación de sus partes, una total *inherencia estructural* de las mismas, que hace al todo estar presente o mejor ser totalmente en cualquiera de ellas, porque no es el ojo quien ve ni la mano quien aprehende, sino yo en esa mi omnipresente dimensión corporal.

Ahora bien, en páginas anteriores ha quedado expuesto que éstos son precisamente los rasgos del espacio mítico del cual el cuerpo propio es, por lo tanto, el análogo fundamental. ¿Por qué esta analogía? Por su común pertenencia al campo de la simbólico cuyo *a priori* constitutivo es, precisamente, el cuerpo, la carnalidad del hombre. La tradición kantiana nos enseña que en las determinaciones espaciales reside la esencia del objeto como tal objeto; pero «la experiencia nos muestra bajo la espacialidad objetiva una espacialidad primordial de la cual aquélla es mera envoltura». La intuición pura de toda sensibilidad descansa en último término en mi carnalidad, que, antes de estar en el espacio, «es al espacio». En esta carnalidad el sentimiento lo es todo; el concepto ruido y ceniza. Esta función inaugural del símbolo permite afirmar que los símbolos «dan ser» y por ello en términos del viejo Ihering no pertenecen al «haber» de los hombres; no se tienen símbolos, se es *en* y *por* los símbolos.

Ello supone la necesidad de distinguir entre los símbolos y las cosas, en el sentido jurídico del término. La cosa puede caracterizarse por tres rasgos fundamentales. En primer lugar, *es cosa aquello que no es sujeto,* la no personalidad, diría Bierling. En segundo término, *la cosa ha de ser autónoma,* es decir, no mera parte de otra. Por último, la cosa como bien jurídico, ha de estar *en el comercio* de los hombres, es decir, dentro de la posibilidad de ser objeto de relaciones jurídicas (51).

El símbolo no se opone como objeto al sujeto, no se incluye en la categoría de patrimonialidad. En el viejo derecho romano el deudor podía librar a su persona entregando toda su hacienda, porque precisamente el cuerpo de la persona no forma parte de aquélla y, en expresión muy posterior de la glosa, *dominus membrorum suorum nemo videtur* (52). Por el contrario, ya la última Escolástica conoció un *ius in se ipsum* (53) que, desde el pasado siglo, la civilística alemana ha tematizado largamente, considerándolo como derecho de la personalidad, absolutamente irreductible a un derecho real (54). Análogamente, el territorio es la forma física del ser social, como el cuerpo lo es de la persona. «El territorio no es un accesorio fortuito o un anexo separable o intercambiable de la personalidad del Estado, sino un contenido de su natura-

leza, contenido que en muchos aspectos determina los actos de esta personalidad y todo su desarrollo» (55), y esta ineludible conclusión de la Teoría General del Estado es avalada por el análisis del derecho positivo. Así, Preuss recordará cómo «una violación del territorio del Imperio es una violación del Imperio mismo, no de un objeto de su posesión, correspondiéndose más a una lesión personal que a un delito contra la propiedad» (56).

Con ello se cumple también el rasgo general según el cual es imposible autonomizar el símbolo de lo simbolizado. Mientras la metáfora expresa algo que fuera de ella también podría ser comprendido, el símbolo revela lo que sin él resultaría inaprehensible, hasta tal punto que si llega a separarse la faz simbolizante de la simbolizada, el símbolo deja de serlo. Ello permite explicar la peculiaridad de los derechos reales sobre el territorio. Estos pueden ser de dos tipos, ya derechos reales sobre partes individualizadas del territorio en favor del propio Estado o de tercero –y a ellos son asimilables los derechos reales sobre las cosas singulares que en el territorio se encuentran–, ya los llamados derechos reales internacionales. El objeto de los primeros, por su misma individuación, puede considerarse ajeno al espesor simbólico del territorio. El propietario posee una tierra y la hacienda estatal puede adquirir un derecho real preferente sobre un inmueble, pero es claro que estos derechos se dan en un plano distinto al de la soberanía territorial del Estado, y ha sido precisamente el derecho público del Estado Constitucional quien ha emancipado esta última categoría de la de patrimonio estatal, que puede darse, por supuesto, y con la misma intensidad fuera del propio ámbito territorial (57).

En cuanto a los derechos reales internacionales limitados sobre el territorio, su análisis revela una trascendencia simbólica que los hace muy diferentes de sus homónimos civiles (58). Si los derechos del Estado sobre sus pertenencias militares, sus archivos y sus naves, especialmente las de guerra, pueden ser calificados de reales, esta denominación no oculta que se trata de un tipo de derecho muy distinto del de la mera propiedad, puesto que supone una *prolongación espacio-temporal* de la personalidad del Estado, y, desde el punto de vista contrario, quien ha padecido una concesión o servidumbre internacional sabe que se trata de una capitidisminución de su propia personalidad estatal (59).

Por último, es claro que los símbolos, en la medida que lo son, caen fuera del comercio de los hombres. El mismo derecho de la personalidad, por su trascendencia simbólica, supone más una exclusión de la actividad ajena que un poder de disposición. Por ello, el derecho a la vida, primero de los derechos de la personalidad, no es tanto un derecho de disposición –eutanasia, suicidio, etc.–, como la exclusión de la actividad ajena que pudiera serle fatal, y el derecho al nombre es más una exclusión del uso individual por terceros que un derecho de

disposición contradicho por la imperatividad del mismo nombre. Los datos recogidos en la primera parte de este estudio revelan cómo el territorio nacional es cada vez más un elemento ajeno al tráfico o, lo que es lo mismo, ajeno a las posibilidades de ser objeto de relaciones jurídicas, y la potestad del Estado en el mismo se caracteriza por su exclusividad frente a toda intervención de terceros.

El símbolo, por tanto, es inherente al sujeto. Tal es la base subyacente a la diferencia tematizada por la doctrina italiana entre entes locales y entes territoriales (60). Mientras los primeros desarrollan su actividad en un determinado espacio que es límite de su competencia, pero que les es estructuralmente ajeno, por ejemplo, una institución docente de ámbito geográfico preciso, en los segundos el territorio tiene el carácter de elemento material, esencial, del cual resulta la vida del propio ente. Tal es, sin duda, el caso del Estado, pero también de comunidades infraestatales, como el *municipio,* la *provincia,* el «país»; y precisamente en el caso en que las reivindicaciones autonómicas son más firmes, aparecen vinculadas a la infungibilidad de una personalidad territorial (61). Ahora bien, si este ente territorial se halla de tal manera definido y controlado por la dimensión espacial que «sin ésta no existiría», es porque el territorio es uno, cuando no el principal, de los elementos corporativos.

En esta misma dirección apunta la doctrina socialista. Como es bien sabido, la teoría marxista del Estado no dio excesiva importancia al territorio, y a ello responden los primeros planteamientos soviéticos en la materia, puesto que la «clase» es una categoría sin especial enraizamiento territorial. Incluso los primeros intentos de síntesis entre marxismo y nacionalismo dan importancia predominante, cuando no exclusiva, al elemento personal de las naciones, con independencia de su localización territorial; baste recordar los nombres de Renner, Bauer y, en general, el austro-marxismo (62). Sin embargo, cuando el socialismo en un solo país abre las puertas al llamado «patriotismo socialista», que transforma al comunismo en un «nacionalismo pintado de rojo», la situación cambia. Así, en un texto ejemplar de esta segunda fase, el *Tratado* de Y. A. Korovin, se critican las doctrinas clásicas del territorio, y, muy especialmente, la doctrina de la competencia, puesto que «la ciencia jurídica soviética parte del significado social del territorio» (63). Un observador superficial podría creer que se trata de una valoración económica del espacio, pero, antes bien, se trata de una valoración simbólica, y el territorio adquiere especial importancia como «base material de la supremacía, la independencia y la inviolabilidad del pueblo establecido en él (64). De ahí la importancia que tienen las reivindicaciones territoriales dentro del círculo de países socialistas y en China. Para Hsin Wo (65) el territorio es fundamentalmente expresión física de la soberanía, manifestación, a su vez, de la identidad de un pueblo amenazado por el imperialismo.

La doctrina más reciente ha reconocido esta posición especial del territorio, recurriendo para ello a la categoría de derechos absolutos, ya *in re,* cuando el objeto es ajeno al propio sujeto, ya «de la personalidad», cuando el objeto no puede considerarse como cosa separada (66). Pero antes de aceptar la noción de derecho absoluto de la personalidad, es preciso atisbar cuál es la montaña que subyace a esta cumbre emergente muy erosionada por el uso civilístico.

El derecho absoluto del Estado con relación a un territorio –y otro tanto cabría decir de los diferentes derechos de la personalidad, incluso cuando de la persona natural se trata– son relaciones jurídicas evidentemente complejas. Más aún, su carácter institucional viene demostrado por la jerarquía que cualifica estas relaciones, por la indisponibilidad, rigidez y permanencia de su contenido (67). ¿Qué es lo que les da este carácter? Frente a la estipulación, la institución es aquella relación jurídica compleja en la que el factor explicativo de su unidad la transciende. En este caso, el derecho está al servicio de un elemento objetivo ajeno a los elementos de la propia relación. La persona transciende la personalidad, y otro tanto puede predicarse del Estado; los supuestos elementos significan algo más que ellos mismos. Pero precisamente este exceso de significación, latente en el cuerpo o en el territorio, y que remite allende su materialidad a un orden distinto, el de la dignidad humana o, en el tema estudiado, la identidad espacial del vivir colectivo, es lo propio del orden simbólico: La irrupción del símbolo en el derecho da lugar –y los ejemplos podrían multiplicarse– a la formación de instituciones.

CONCLUSIÓN

La exégesis del territorio nacional como categoría jurídica primero, como realidad política solamente explicable a través del mito después, permite extraer conclusiones diversas.

En primer lugar, si a primera vista el planteamiento hecho parece coincidir con el dominante en la doctrina italiana, según la cual «el territorio ha de considerarse como elemento del Estado en cuanto que contribuye a hacerle ser como es, proporcionándole una individualidad propia..., viniendo a asumir una posición análoga a la del cuerpo para la persona humana» (68), la reinterpretación de esta posición va mucho más allá. Al reconducir la condición del territorio como la del cuerpo a su raíz común, el campo simbólico, a la vez que se elude todo antropomorfismo, se alcanza a comprender la índole institucional de las relaciones jurídicas que de dicho campo dimanan, tanto en el derecho público como en el privado.

Sin embargo, lo que aquí interesa más es esbozar la estructura del símbolo político y destacar su relación con la Teoría General del Estado.

El territorio nacional, como todo símbolo, parte de elementos de suyo evocadores y esta materia, llena de solicitaciones semánticas, se carga de emociones enraizadas en la afectividad arcaica. Sus fuentes son las exigencias confusas y elementales de los deseos humanos y solamente a la psicología profunda corresponde trazar la arqueología de la madre-patria. Por ello mismo, detenerse en describir la nostalgia por el propio terruño es pararse en la fascinación de las imágenes sin llegar al nivel de lo simbólico.

El símbolo, cómo corresponde a su naturaleza social, únicamente se da en una historia, pero una historia vivida, esto es, interpretada, es decir, inventada. Las imágenes espaciales más solemnes son ya fruto de una dimensión temporal: en la inmensidad íntima del bosque, diría Bachelard, reina el antecedente. Fuera de esta historia el símbolo se diluye en imágenes polivalentes. El territorio, en su dimensión simbólica, no es propio por la fuerza de las querencias infantiles, sino por la razón de una historia, es decir, de una reinterpretación del propio pasado colectivo, siempre mítica, puesto que, de una u otra manera, explica el *porqué* del presente. A guisa de ejemplo, la Declaración de Independencia del Estado de Israel de 1942, menciona «el país... cuna del pueblo judío, hogar de su intimidad espiritual, religiosa y nacional... al que en el exilio han permanecido fieles... al que ha regresado para construir un Estado sobre la tierra de sus padres», y la Constitución de la República de África del Sur, de 1960, comienza invocando la tierra «dada en propiedad por Dios a los primeros colonos venidos de distintos países».

Esta historia introduce en un orden distinto y por eso, al situar la experiencia del ser terrícola del hombre y de su vida en común, en relación de alteridad, frente a los antepasados o incluso frente a Dios, le da sentido. Por ello puede decirse que el símbolo es una epifanía de transcendencia. Ahora bien, como señala J. Wahl (69), la transcendencia supone dos perspectivas harto diferentes. Por un lado la transascendencia hacia lo totalmente distinto, v. gr., en la fe; por otra parte, la transdescendencia que se prolonga en la horizontalidad, v. gr., considerando la tierra el transcendente por excelencia. La simbología política responde a esta segunda dimensión en la que, como toda simbología existencial, pretende ofrecer un sentido, en este caso relativo pero no menos último, a las situaciones límite, esto es, a los grandes existenciales que señalara Heidegger, el «ser-ahí», el «ser-con-los-otros», el «ser-para-la-muerte». La comunidad política terminal, la nación, da sentido al vivir colectivo, integra y por eso, tanto ella como su anatomía, es de índole simbólica.

El símbolo puede y debe ser asumido, en un discurso conceptual «tiende a realizarse yendo más allá de sí mismo», y así lo pone de manifiesto la depuración jurídica de la noción de territorio; pero la insuficiencia de ésta para dar cuenta de su propia dinámica técnica demuestra que el mito nunca puede ser plenamente racionalizado y subyace y nutre al logos como el cimiento al edificio o la raíz al vegetal. El proceso de simbolización, dirá Ed. Ortigues (70), y el símbolo político no constituye una excepción, «se despliega entre dos polos, un dintel mínimo de apertura, lo imaginario, y un dintel máximo de realización, que es la relación social a reconocer formalmente en el discurso». El símbolo se sitúa, pues, entre la imagen y el concepto, capaz como aquélla de *evocar;* posee, como éste, el poder de *representar;* y remite a una historia que es vida en común: integración.

NOTAS

(1) Jellinek: *Teoría General del Estado,* trad. esp. de la 2.ª ed. Buenos Aires, 1954, p. 14.

(2) Cf., *Mitos y Símbolos Políticos.* Madrid, 1964; y *Del Mito y de la Razón en el pensamiento político.* Madrid, 1968.

(3) *Del Mito y de la Razón...,* pp. 2 y ss.

(4) Cf., *Mitos y Símbolos…* pp. 162 y 93.

(5) Cassirer: *El Mito del Estado,* trad. esp. México, 1947, p. 331.

(6) Cf., Ortigues: *Le dircours et le Symbole.* Paris, 1962.

(7) Cf., S. Romano: *Principii di Diritto Constituzionale Generale*. Milán, 1947, pp. 181 y ss.

(8) Seldmayr («Idee einer kritischen Symbolik», *Archivo di Filosofia,* 1953). Sólo acierta en el título.

(9) Cf., Schönborn: «La nature juridique du territoire», *Rec. des Cours de l'Academie de Droit International de la Hay e,* 1929. IV, pp. 92 y ss.

(10) *Stato e Territorio,* Roma, 1924, p. 59.

(11) Romano: *Corso di diritto internazionale.* Padua, 1929, pp. 152 y ss. Cf., Ghirardini, *La sovranita territoriale nell diritto internazionale.* Cremona, 1913.

(12) *Loc. cit.,* p. 301.

(13) Meyer-Anschutz: *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts,* 7.ª ed., pp, 236 y ss.

(14) Radnitzky: en *Arch. für öffentliches Recht* XX (1905), pp. 313 y ss. XXII (1907), pp. 416 y ss., y XXVIII (1912), pp. 454 y ss.; Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel* 1914, II.

(15) «Staatsgebiet, Staatsgemeinschaftgebiet und Staatengebiet», *Niemeyers Zeitschrift für lnternationales Recht* XXXVII (1927), pp. 293 y ss., tesis recogida después en su Tratado.

(16) Cf., mi trabajo: «La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado Español», *Estudios de Derecho Administrativo*. *Libro Jubilar del Consejo de Estado.* Madrid, 1972, pp. 357 y ss. Ahora en este volumen n.º 13. Sobre el tema han insistido en España; Guaita, *División Territorial y Descentralización.* Madrid, 1975; y Ramiro Bretons, *Territorio Nacional y Constitución 1978.* Madrid, 1978.

(17) Radnitzky: *loc. cit.,* pp, 339 y ss.

(18) *Precis de Droit des Gens.* París, 1932, I, p. 146.

(19) Jellinek: *Über Staatsfragmente,* Heidelberg, 1896. Sobre la actualidad de esta figura, *vid.* mi estudio preliminar a la traducción española de tan raro opúsculo (Madrid, 1978).

(20) Cmnd. 6.348, p. 5, Cf., Ley húngara de 1868, art. 30, 1 (Steinbach, *Die hungarische Verfassung Gesetze.* 2.ª ed., pp. 103 y ss.

(21) No se ha aplicado la competencia concurrente prevista en el art. 74, 8 de la Ley Fundamental Alemana. Cf. HOFFMAN, *Staatsangehörigkeit*, 3.ª ed., 1966.

(22) Ley Croata. 1 de 18 de noviembre de 1868; igual a Ley Húngara. 30 de 19 y 23 de noviembre de 1968, arts. 56 y 59 (en STEINBACH). Cf., JELLINEK, *Über Staatsfragmente.*

(23) DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel,* II, p. 53; Cf. FRICKER: *Vom Staatsgebiet,* Tubinga, 1867, p. 27.

(24) Ejemplo de descripción del territorio, España 1812, de gran importancia en Hispanoamérica, y Portugal desde 1820 a 1976; ej. de descripción por remisión a tratados, Colombia 1974, art. 3; ej. de rigidez, Noruega 1814.

(25) VERZIJL: *International Law in Historical Perspective,* Leyden, 1970, Cf., Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Art. 46, 1.

(26) V. gr., Dinamarca, 1953. Art. 19, 2.

(27) Por ejemplo, en África: Somalia, 1960, art. 6 - 4.º; Marruecos, 1962, art. 19, que se mantiene en los textos de 1970 y 1972; Camerún, 1960, Preámbulo; en Asia: Pakistán, 1956 - 203, y 1962 - 221; en América, Guatemala; a partir de la Constitución de 1945, art. transitorio 1.º reiterado en el Estatuto Político de 1954, art. 8.º, y en la Constitución de 1956, art. transitorio. 1.º, reclama Belice como parte integrante de su territorio.

(28) Res. 2.625 (XXV), Cf., STARKE: «The acquisition of title to territory by newly emerged States», *Bybil* XLI (1965-66), pp. 411 y ss.

(29) Cf., BLUM: *Historic Titles in International Law.* La Haya, 1965, p. 55.

(30) *Verfassung und Verfassungsrecht.* Munich, 1928, pp. 55 y ss. Cf., Litt. *Individuum und Gemeinschaft*, 3.ª ed., 1926.

(31) *Filosofía de las Formas Simbólicas* (trad. esp.). México, 1971, II, pp. 116 y ss.

(32) Cf., VAN DER LEUW: *Phenomenologie der Religion.* Tubinga, 1956.

(33) *Phenomemologie de la Perception.* Paris, 1945, p. 173. Cf., *Le visible et l'invisible.* Paris, 1964, p. 193.

(34) Cf., DUCHACEK: *Power Mass: Comparative politics of Constitutions,* Oxford, 1973, cap. I, vd. Los ejemplos literarios reunidos por GIRARDET, *Le nationalisme française,* 1871-1914, 2.ª ed., París, 1966.

(35) VERZIJL: *op. cit.,* pp. 480 y ss.

(36) Es frecuente la referencia expresa a las antiguas divisiones coloniales (v. gr, Ecuador desde 1830, art. 6), o la expresa mención del *uti possidetis* (Colombia, 1886, art. 3). Más recientemente la Carta de la Unidad Africana.

(37) *Mitos y símbolos políticos,* pp. 173 y ss.

(38) II *Reyes,* 17, 23-26, es un elocuente ejemplo de la visión arcaica de este extremo.

(39) BACHELARD: *La poétique de l'espace.* París, 1957.

(40) Cf. *Rec. des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye,* 55 (1936), pp. 203 y ss.

(41) Cf. *Rec. des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye,* 79 (1951), pp. 73 y ss.

(42) *Nationalism. A religion.* Nueva York, 1960, p. 5.

(43) Sobre la dimensión continental del patriotismo francés, cf., los significativos textos reunidos por GIRARDET, *op. cit.,* pp. 107 y ss.

(44) BRUNNER: *Land und Herrchaft,* ed. Viena-Wiesbaden, 1943, pp. 124 y ss., 240 y ss.

(45) Cf. MARAVALL: «Del régimen feudal al régimen corporativo en el pensamiento de Alfonso X» y «La formación del régimen político territorial en Cataluña», ambos en *Estudios de Historia del Pensamiento Español.* Madrid, 1967, y en especial pp. 119 y ss., 147 y ss.

(46) LOUSSE: *La Société d'Ancien Règime.* Lovaina, 1943.

(47) VERZIJL: *op, cit.,* pp. 1 y ss.

(48) GANSHOF: *El Feudalismo,* pp. 190 y ss.; para una perspectiva general, DÍEZ DEL CORRAL, *El rapto de Europa,* cap. 5º.

(49) Cf. HERTZ: *Nationality in History and Politics,* Oxford, 1944, citas en pp. 274, 314, 317 y ss.

(50) He atendido sobre todo a MERLEAU-PONTY: *Phénomenologie de la perception.* París, 1945, pp. 81 y ss., y a mi maestro, DE WAELHENS, *La philosophie et les expériences naturelles.* La Haya, 1961, pp. 59 y ss.

(51) Cf. GUASP: *Derecho.* Madrid, 1971, pp. 146 y ss.

(52) Cf. NESON: *Les droits extrapatrimoniaux.* Paris, 1939, p. 129. Existen paralelos en todo el derecho antiguo. Cf. KÖHLER, *Shakespeare von der forum der Jurisprudenz.* Würzburg, 1883, pp. 13 y 21.

(53) GÓMEZ DE AMESCUA: *Tractatus de potestate in se ipsum,* 1604. El derecho natural racionalista y la primera pandectística elaboraron este concepto.

(54) Desde la tesis de KRAMER en Berlín en 1887 y KLUSEMANN en Leizpig en 1907. Cf. CASTAN: *Los derechos de la personalidad,* 1952, como visión de conjunto en la doctrina española.

(55) KJELLEN: *Der Staat als Lebensform.* Estocolmo, 1917, p. 80.

(56) *Gemeinde*, *Staat, Reich als Gebietskörperschaften.* Berlín, 1889, p. 394.

(57) V. gr. El dominio exterior del Estado. Por eso también pueden distinguirse desde Planiol y Hauriou derechos reales administrativos de corte civil.

(58) UBERTAZZI: *I Diritti reali nell'ordine internazionale.* Milán, 1949, pp. 73 y ss.

(59) HSIN WU: «A Criticism of Bourgeois International Law on the Question of State Territory», *Kuo-Chi Wen - t'i yen-chiu* (Estudios sobre problemas internacionales), 1960.

(60) ROMANO: «Observazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato» en *Scritti Minori.* Milán, 1950, p. 173. Cf., ALESSI, « Intorno alla nozione di ente territoriale», *Rivista Trimestrale di Diritto Publico,* 1960, p. 290.

(61) Así, en España, el proyecto de Constitució per l'Estat Catalá de 1883, establece «Cap poder te la facultat de rompre la unitat de la regió, ni d'enagenar per cap concepte el tot o part de dit territori» (art. 2.º), y la misma preocupación late en las bases de 1918 (1º B) y en las textos siguientes, tanto tradicionalistas (1930) como de otro signo. En cuanto al País Vasco la preocupación se apunta ya en el Estatuto de Estella (1931) y es muy claro en el anteproyecto de Constitución de Euskadi de 1941 (art. 5) y más aún en el proyecto de estatuto de 1940, art. 1.º (textos de Santa María, Orduña, Martín Artajo, *Documento para la historia del regionalismo en España.* Madrid, 1977), Un paralelo importante en el reconocimiento húngaro de la integridad territorial de Croacia-Slovenia (leyes citadas de 1868, art. 65).

Este relieve del elemento territorial es también patente cuando se hace del territorio fundamento de la representación política, así, en la reciente Constitución española «se garantiza la representación de las diferentes áreas del territorio» (art. 152, 1), se hace del Senado cámara de representación territorial (art, 69, 1), y se asegura mínimos de representación provincial (art. 68, 2).

(62) Cf., GARCÍA PELAYO: *La teoría de la Nación en Bauer.* Caracas, 1978.

(63) *Derecho Internacional Público* (trad. española). México, 1963, pp. 173 y ss.

(64) *Ibidem,* p. 182, cf. Para el planteamiento paralelo en las democracias populares y especialmente en Alemania. *Völkerrechet Lehrbuch,* I , Berlín, 1973, pp. 354 y ss., y 357-59.

(65) *Loc. cit.,* p. 323, Cf., Shao-Chuang Leng: «The Sino-Soviet Border Dispute» en *Law in Chinese Foreign Policy: Comunist China and Selected Problems of Inter. Law.* N. York, 1972, pp. 263 y ss.

G. GINSBURG y C. PINKELE, «The genesis of the territorial issue in the Sino-Soviet Dialogue: Substantive dispute or ideological as de Deux?» en *China's Practice of International Law, Some Case Studies* (Ed. J. A. Cohen) Cambridge, Mass. 1972, pp. 167 y ss. *People's China and International Law. A Documentary Study* (Ed. by J. A. Cohen y Hungdag Chiu), vol. 1, Princeton, New Jersey, 1974. Cfr., especialmente pp. 315 y ss., 503 y ss.

(66) BARILE: *I Diritti Absoluti nell'ordinamento Internazionale.* Milán, 1951, pp. 40 y ss.

(67) GUASP: *loc. cit.,* pp. 281 y ss.

(68) MORTATI: *Istituzioni di Diritto Publico,* Padua, 1960, p. 102.

(69) *Transcendance et condition humane.* París, 1942.

(70) *Loc. cit.,* pp. 195 y ss. Estos símbolos que «dan que pensar» exceden con mucho los que «sirven para pensar». V. gr.: J. LAPONCE, «Temps, espace et politique». *Soc. sci. inform.* 14 (¾), pp. 7-28.

15. PREÁMBULOS

1. ¿Qué es el Preámbulo de la Constitución? Sin duda, un texto que la precede: esto es, a tenor del DRAE, y dado que la Constitución es una norma, «lo que se dice antes de dar principio a lo que se trata de mandar». Por eso, al final del Preámbulo, el constituyente se remite a «la siguiente Constitución». De ahí que una primera conclusión fuera que el Preámbulo no es parte de la Constitución misma. No fue ni es esa mi tesis, como vera el atento lector de este ensayo, que en nada ha variado en tal extremo su inicial versión. Pero doy cuenta de ella y señalo, aun sin participar en la misma, que no cabe menospreciarla, cuando el inspirador del Preámbulo de nuestra Constitución, el Profesor Tierno Galván, daba por supuesto su carácter no normativo ¿Cuál es, por lo tanto, su función? Si atendemos a la génesis –la enmienda presentada por el PSP y reelaborada en la Ponencia constitucional– y a la exégesis autorizada que de ella se ha hecho por los enmendantes, profesores también, pretendía marcar lo que, parafraseando a Rawls, cabe denominar «momento constituyente». A juicio de aquellos, caracterizado por la ruptura con la situación política anterior, el autoritarismo.

Tal es la función que el Preámbulo ha desempeñado en otras Constituciones, especialmente en las que marcan un radical cambio de régimen o el tránsito a otra fase del mismo o, incluso, el nacimiento de un Estado.

A la postre, en el caso español, dicho momento no se caracterizó por la ruptura propugnada, sino que reflejó la continuidad. No ya la formal, «de la ley a la ley», propia de nuestra transición política, sino, repitiendo fórmulas de nuestra historia constitucional, las de 1812 y 1869 y tácitamente el paradigma canovista, lo que cabría denominar «continuidad de la historia de España» hasta la apertura a la plenitud democrática. Precisamente por eso, el Preámbulo anuncia lo que he llamado «la dinámica de una Constitución abierta».

La diversas Constituciones históricas españolas han carecido de un Preámbulo en sentido estricto, si bien las fórmulas de promulgación que las encabezaban cumplían gran parte de las funciones de éste, de consuno con los respectivos Discursos Preliminares o, en su caso, Dictámenes parlamentarios. En tales textos se planteaba, de modo tácito, pero elocuente, la cuestión del titular de la soberanía y del poder constituyente, en su momento calificada de «metafísica constitucional» desde pagos no menos «metafísicos», y esa tentación no era tampoco ajena a los iniciales proponentes de 1978. Sin embargo, el carácter rigurosamente normativo de nuestra Constitución y la ambigua posición que respecto de ella mantiene el Preámbulo lleva el debate desde el análisis de su intencionalidad política al de su interpretación jurídica.

La doctrina española y comparada parece haber evolucionado desde las tesis que negaban valor jurídico al Preámbulo de la Constitución, hasta quienes lo identifican con el articulado de la misma. Pero dicha evolución sólo adquiere sentido si se contempla, tanto a la luz de los textos concretos como, sobre todo, a la de la jurisprudencia, administrativa primero, constitucional más adelante.

Desde semejante perspectiva, la jurisprudencia comparada puede agruparse en torno a tres tipos, descartando aquellos casos en los que se niega todo relieve jurídico al Preámbulo, o aquellos otros en los que se equipara expresamente el Preámbulo al resto de la Constitución, como es el caso de Turquía (1980, sec. 176).

Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional portuguesa no considera al Preámbulo, ciertamente muy frondoso en la Constitución de 1976, pese a sus ulteriores reformas, parámetro de constitucionalidad, aunque sí un elemento de interpretación e integración de las normas constitucionales, aunque en dos ocasiones, al menos (las decisiones del Tribunal Constitucional luso, las 3/1984 y 88/1984), se hace referencia al «principio de Estado de derecho reconocido en el Preámbulo». La solución dada por la jurisprudencia constitucional eslovena es análoga, y otro tanto puede decirse de la checa, en la que el Preámbulo se utiliza como norma, pero siempre junto con el artículo 1 de la Constitución, cuyos términos reitera *(v. gr.,* US 70/1997; 3/2002, 7/2002 –especialmente importante– US 254/2002; US 455/2003; 412/2004; 303/05; 87/077/06). Sin embargo, el valor de «fermento» del Preámbulo se pone de relieve en el caso portugués, en el cual «el principio de Estado de Derecho», reconocido en aquél desde 1976, pasa al texto articulado en la reforma de 1982 (art. 2).

De otro lado, en pagos, como Alemania, donde el derecho constitucional maduró antes, se reconoce el valor del Preámbulo, no como norma, pero sí como cláusula interpretativa que permitía conocer «el espíritu y la tendencia

que habrá de dominar la posterior evolución de su aplicación». Tal fue el criterio de la doctrina más templada en la República de Weimar, sin que faltase quien situase en el Preámbulo la Constitución en sentido positivo. La jurisprudencia constitucional de la época –v. gr., la Sentencia del *Staatsgerichtshof* de 18 de junio de 1927– anunció esta interpretación al considerar que las opciones políticas expuestas en el Preámbulo exigen determinadas interpretaciones jurídicas. Criterio seguido por el Tribunal Constitucional de la República Federal al considerar el Preámbulo «parámetro de la actividad política del Estado» (S 17 de agosto de 1956). La jurisprudencia contencioso-administrativa *(v. gr.,* S de 30 de mayo de 1960) dio un paso más en pro del valor, no ya político interpretativo, sino jurídico vinculante del Preámbulo que hoy reconoce el propio Tribunal Constitucional Federal y en el que abunda la doctrina, identificándolo, ya con los mandatos constitucionales, ya con sus normas programáticas.

El caso francés es diferente, pero en cierta medida paralelo. La Constitución de 1946 contenía un amplio Preámbulo, para algunos de mero valor indicativo e interpretativo, para otros norma directamente aplicable, al menos en parte, y que, en la práctica, sirvió para la decantación, por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de principios generales del Derecho, especialmente fecundos a la hora de novar la propia interpretación jurisprudencial. Pero es bajo la V.ª República, cuya Constitución no sólo tiene un Preámbulo, sino que se remite al de 1946, cuando la cuestión alcanza mayor relieve, dada la puesta en marcha de una jurisdicción constitucional que paulatinamente ha ampliado sus competencias. Tras reiterarse por la doctrina las dos tesis atrás expuestas, el Consejo Constitucional viene afirmando a partir de 1971 (71-44 DC de 16 de julio) el valor de las disposiciones del Preámbulo como parte integrante del bloque de constitucionalidad con igual rango que el texto articulado. Pero, de hecho, la jurisprudencia del Consejo Constitucional ha distinguido, como ya se propugnaba por la doctrina y por el Consejo de Estado bajo la Constitución de 1946, lo que resulta inmediatamente aplicable, como son los derechos reconocidos en 1789, de otros supuestos. Tal es el caso de «los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», vinculados, en cuanto hace a su determinación, a un texto legislativo «republicano» a partir de la decisión núm. 88-244 DC de 20 de julio de 1988, y los «principios particularmente necesarios en nuestro tiempo», cuya aplicación requiere la mediación del legislador.

Una posición intermedia entre ambos tipos, el representado por la práctica portuguesa y el representado por la práctica franco-alemana, la ofrece la doctrina y la jurisprudencia constitucional polaca, según las cuales el Preám-

bulo tiene un significado eminentemente político, pero que le permite servir de canon interpretativo. Tal fue la actitud del Tribunal Constitucional iniciada a fines de la década de los noventa respecto de la actitud del legislador hacia la memoria histórica, desde las Sentencias K 3/1998 y K 3/1999 hasta la más reciente K 2/2007. La misma actitud mantiene la jurisprudencia ante los principios de solidaridad, subsidiaridad y fidelidad institucional. El primero afirmado en el Preámbulo (K 20/2000) cuya extensión entre particulares propugna el mismo Tribunal (v. gr., K 57/2004). El segundo a la hora de legitimar las entidades locales (K 24/2002). Y el tercero a la de controlar la eficacia de las instituciones en relación con la meta, el «telos» diría Löwenstein, constitucional (K 14/2003). Esta jurisprudencia culminó en la Sentencia K 18/2004, según la cual, si del Preámbulo no pueden derivarse reglas de Derecho en el sentido estricto del término, sí expresa el sistema de valores propios del constituyente, fijando con ello las direcciones interpretativas de la parte normativa de la Constitución.

Más recientemente, el frondoso y fecundo constitucionalismo del sudeste asiático, frondoso por la abundancia de textos constitucionales, fecundo por la riqueza de su creativa interpretación jurisprudencial, revela la ambigüedad de la fuerza normativa de los preámbulos constitucionales. El texto tiene lo que Bachoff llamó una «enérgica pretensión de validez»; pero en la práctica ello no va más allá de una orientación interpretativa de las prescripciones contenidas en los textos articulados. Y en ocasiones, como en la enmienda constitucional india n.º 42 de 1976, el paso de un texto del articulado, referente a la laicidad del Estado, al Preámbulo, puede interpretarse como una reafirmación o un debilitamiento de su normatividad. El derecho y más aún la práctica jurisprudencial comparada muestran un creciente valor normativo de los preámbulos si bien moderado por su prudente articulación con el texto articulado.

Dos son los paralelos de esta tendencia: el constitucionalismo filosoviético en vigor hasta la disolución de la URSS y la transición democrática de las democracias populares y los intentos de constitucionalización de la Unión Europea. En ambos extremos la constitución que inicialmente se concibe como balance de la situación alcanzada y que se constitucionaliza precisamente para hacerla irreversible, evoluciona hasta hacerse programa imperativo de acción e institucionalización. De ahí el valor en ambos campos de los preámbulos como claves de una interpretación teleológica de los textos.

2. Este panorama sirve para interpretar la evolución de nuestra propia jurisprudencia constitucional. En una primera Sentencia de 28 de enero de 1982 (1/1982), el Tribunal se refirió al «orden económico y social justo», propugnado

en el Preámbulo y cuyo contenido no se ha concretado jamás, como valor entendido para apoyar el principio unitario que, según la citada sentencia, también se deducía del Preámbulo (FJ 1). En posterior Sentencia de 4 de noviembre del mismo año (64/1982), se menciona otro concepto un tanto oscuro, «la calidad de vida», para relacionarlo con la preservación del medio ambiente al que se refiere expresamente el art. 45 de la Constitución (FJ2), criterio reiterado en las Sentencias 329/1993, 102/1995 y 106/2014 con referencia a otras anteriores. Más ambigua todavía es la referencia a la «sociedad democrática avanzada» que hace la Sentencia 236/2007. Esa expresión procedente de la inicial propuesta del PSP fue interpretada por los profesores Tierno y Lucas Verdú como apertura a la radicalización política y social de la democracia. Pero tras algunos votos particulares, el Tribunal Constitucional en la sentencia citada la vinculó al derecho a la educación en relación con los valores del artículo 10 de la Constitución y en sentencia de marzo de 2009 a la igualdad de género. Se trata, por lo tanto, de referencias que no fundamentan decisión alguna, sino que, a lo más, sirven para arropar y enfatizar la decisión ya tomada sobre otros preceptos de la propia Constitución. Incluso la, por tantas razones, relevante Sentencia 31/2010 relativa al Estatuto catalán del 2006, las numerosas referencias que hace al Preámbulo, solo reiteran, eso sí enfatizándolo, lo que meridianamente establecen los artículos 1 y 2 del texto: la indisolubilidad de la Nación titular de la soberanía y otro tanto hace la Sentencia 137/2010.

Distinto es el tenor de la Sentencia de 26 de junio de 1986 (82/1986), donde la voluntad de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones» del Preámbulo, se homologa con la referencia a las «diversas lenguas de España» del art. 20.3, si bien el juzgador apoya su decisión sobre el preciso y rotundo art. 3 (F1), lo que reitera la Sentencia 134/1997. Desde la sentencia 134/2018 (antecedentes) el Tribunal presta atención a la pluralidad de identidades culturales de los diferentes pueblos de España que no supone autodeterminación (Sentencia 114/2017), pero que se reitera más enfáticamente en las sentencias 130/1991, 34/2011 y 31/2010.

Una serie de Sentencias iniciadas en la 108/1986, de 29 de julio, y que se prolonga en las Sentencias 206/1992, 233/1999, 73/2000, 104/2000, 120/2000, 123/2001, 124/2001, 173/2002, 58/2004 y 47/2005, 196/2011, 238/2012, 177/2013, 2016/2014 –con referencia expresa a otras muchas análogas y que continúa hasta fecha muy reciente– utilizan el concepto de Ley «como expresión de la voluntad popular» contenida en el párrafo tercero del Preámbulo de la Constitución, para deducir de ello consecuencias en torno al poder configurador del legislador frente a su tacha de hipotética arbitrariedad y, en las últimamente

citadas, para recordar la disciplina parlamentaria a través de la cual debe expresarse dicha voluntad. Se trata de un concepto dogmático como el propio Tribunal reconoce, pero cuya eficacia en la jurisprudencia se despliega al margen de los concretos preceptos del articulado. La reiteración de la fórmula y la explicitación de su utilidad para salvaguardar la libertad del legislador amenaza con convertirse en mera cláusula de estilo. Sin embargo la «invocación de la voluntad popular» tiene un profundo calado que se remonta a fases preconstitucionales de la transición democrática.

La opción entre soberanía nacional (propuesta por UCD) y soberanía del pueblo (propuesta del PSOE) en la ponencia redactora de la Constitución se resolvió en el artículo 1.1 de la Constitución, con la fórmula «la soberanía nacional reside en el pueblo español». Pero la tentación populista propia de lo que Fioravanti denomina constitucionalismo radical explicitada en las intervenciones publicadas y no publicadas de Tierno Galván y caras al Presidente Suárez, se hizo presente ya en la elaboración de la Ley para la Reforma Política. En el denominado borrador sin padre *(Borrador de la Ley Básica de la Reforma Política),* entregado por el Sr. Fernández Miranda, Presidente de las Cortes, al del Gobierno, Sr. Suárez, el 23 de agosto de 1976 y presentado por éste al Consejo de Ministros, se calificada la ley como «expresión de la voluntad mayoritaria del pueblo» (párrafo tercero del preámbulo) aunque en el texto articulado (art. 1) solo se decía «expresión de la voluntad del pueblo». En la reelaboración del texto en el Ministerio de Justicia el Sr. Lavilla cambió la expresión por «la voluntad soberana del pueblo» y así figuró en el texto del proyecto de ley enviado a las Cortes, extremo no enmendado y que pasó al texto definitivo (art. 1).

Avanzando en la misma dirección, la Sentencia de 28 de septiembre de 1995 (140/1995) considera «derecho» vinculante para los poderes públicos «los concretos objetivos, mandatos y facultades que la misma Constitución consagra», tanto en el Preámbulo como en los artículos 10, 63, 93, etc., sin hacer diferencias entre ellos (FJ 9). Y, como tal objetivo, señala la «voluntad de la nación española, proclamada en el Preámbulo, de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra» para interpretar la finalidad del poder exterior del Estado (FJ 8). El paso que el Tribunal Constitucional da en esta última sentencia, desde el concepto meramente redundante a la determinación de los objetivos constitucionales, es inmenso, y está por ver si se consolidará o no tal doctrina lo que hasta ahora, en marzo del 2020, no se ha hecho.

De lo expuesto resultan varias conclusiones. Por una parte, los Preámbulos, incluido el nuestro, han pasado de tener mera importancia política a alcan-

zar relieve jurídico, primero como cláusulas interpretativas, después como verdaderas normas, aunque con diferencias notables en cuanto a la intensidad normativa se refiere. Y, por otra, la invocación de los Preámbulos raramente se hace, en el caso español como en la práctica comparada, al margen de otros preceptos de la Constitución. Son éstos los directamente aplicables y el Preámbulo aparece como su fundamentación, o explicitación.

Una jurisprudencia que, sobre el control difuso de la constitucionalidad, ha desarrollado una amplia doctrina, la de la Corte Suprema argentina, lo ha expresado claramente: «el valor del Preámbulo como elemento de interpretación no debe ser exagerado. Sería desde luego ineficaz para dar a la Norma a la que se aplica un sentido distinto del que fluye de su claro lenguaje. Sólo constituye un efectivo factor de interpretación cuando el pensamiento de los autores no aparece nítido ni definido» (FSJN T.º 164 FJ 344). En el mismo sentido puede citarse la jurisprudencia constitucional brasileña (STF - Pleno - Adin núm. 2076/Ac 15/08/2002 informativo STF núm. 277). La doctrina más autorizada en ambos casos ha señalado que el Preámbulo solo no basta para fundamentar un recurso, pero sirve para fundamentar la oposición a una norma, incluso legal, que violara alguno de los valores en él proclamados.

No es otra la práctica española, si bien la invocación de la definición dogmática que de la Ley hace el Preámbulo en las diferentes sentencias atrás citadas, y sobre todo la configuración del poder exterior del Estado sobre los objetivos marcados en el Preámbulo en la Sentencia 140/1995, fuerzan a considerar que el Preámbulo en el caso español puede llegar a alcanzar mayor valor. Analizar sus posibilidades lleva a distinguir, al menos someramente, los diferentes géneros del lenguaje jurídico.

3. Si partimos de la distinción entre el *lenguaje descriptivo,* que tiende a registrar y comunicar hechos, y el *lenguaje dinámico,* que sirve para crear estados de ánimo (poesía) o incitar la conducta de terceros, es evidente que el lenguaje jurídico pertenece a esta última categoría. Ahora bien, dentro de los lenguajes dinámicos e incluso de los formulados en términos jurídicos, cabe distinguir los *prescriptivos, institucionales y catárticos.* Los primeros exigen o prohíben una determinada conducta y, a su vez, pueden ser ya normativos, ya no normativos, como las indicaciones y las valoraciones. Los institucionales, establecen, organizan y regulan una institución, esto es, un haz de relaciones jurídicas jerarquizadas y orientadas al cumplimiento de un fin. Y los *catárticos,* expresan los estados de ánimo propios del locutor, como es el caso de las interjecciones, pero pueden también tanto regular y justificar la propia conducta, como influir en la de un tercero.

En general, puede decirse que la parte dogmática de la Constitución se expresa en lenguaje de tipo prescriptivo en la formulación de los derechos fundamentales, y valorativo, como es el caso de la mayoría de los principios rectores, que formulan mandatos constitucionales. La parte orgánica, por el contrario, suele formularse en lenguaje de tipo prescriptivo e institucional. Pero en una y otra hay proposiciones manifiestamente catárticas, esto es, aquellas que pretenden tan sólo expresar el estado de ánimo del constituyente dando más énfasis a sus disposiciones prescriptivas e institucionales. Cuando, por ejemplo, en el art. 2 CE se califica a la nación española como «patria indivisible de todos los españoles» no se introduce en la Constitución ningún nuevo elemento normativo. El principio de unidad que, junto con el de autonomía ha deducido de dicho art. 2 el Tribunal Constitucional (v. gr., en S 1/1982, reiterada en otras posteriores) se afirma rotundamente en el primer inciso del art. 2, sin necesidad de ulteriores calificativos, y la indivisibilidad de la «patria», que en los mismos se proclama, más que se enuncia, no impide la posibilidad técnica de la división del territorio para lo cual la propia Constitución prevé expresamente un procedimiento en su art. 94.1.c). Sin embargo, no es menos cierto que la enfática expresión del art. 2 CE no es irrelevante, sino que sirvió y sirve, en el plano afectivo, para compensar los sentimientos, en este caso de recelo, que el propio legislador constituyente abrigaba al introducir en el mismo artículo la expresión «nacionalidades». El lenguaje catártico, en consecuencia, pretende, tan sólo, ser enunciado. Su finalidad se agota en sí mismo.

A primera vista puede parecer contradictorio considerar las proposiciones catárticas como un subgénero del lenguaje jurídico. Pero el Derecho, especialmente el Derecho público, no sólo establece relaciones jurídicas, atribuye derechos y prohíbe conductas. Sabemos que es organización antes que otra cosa, que su «telos» es la integración, y comprobamos que muchas importantes proposiciones jurídicas contienen lo que STEVENSON denominó «el áura inmediata de sentimiento que se cierne en torno a las palabras», sin la cual la propia palabra y la organización que establece o las conductas que exige carecen de sentido. Como dice un agudo analista polaco, Winczoreck, al referirse al importante Preámbulo de su Constitución, éste expresa tanto ideas como sentimientos y emociones, y tiene también una función pedagógica y autoidentificatoria del Estado. Tal es el caso de las referencias históricas y religiosas de las constituciones musulmanas y de numerosas naciones cristianas, católicas (v.gr. Irlanda y la propia Polonia), ortodoxas (v.gr. Grecia) y reformadas (v. gr., en Polinesia). Por lo tanto, este tipo de proposiciones no deben excluirse del discurso jurídico reduciéndolas a la retórica política.

4. A tenor de lo expuesto, el Preámbulo de la Constitución española de 1978 aparece como tierra de elección de los lenguajes valorativo y catártico. Tanto en su intención primera –la ruptura por sus proponentes, la apertura, prescindiendo del pasado, en la redacción final– como en sus propios términos que pueden clasificarse en los siguientes grupos.

Primero, aquellos que se reiteran, a veces literalmente, en el texto del articulado constitucional y que, dado como se redactó el Preámbulo, son mera síntesis de lo que en el proyecto de Constitución se había ya dicho. Así, la referencia a la soberanía de la nación (párrafo primero) reitera el art. 1.2 y la mención de la seguridad reafirma el principio consagrado en el art. 9.3. El párrafo tercero repite conceptos que se corresponden con el principio de legalidad y con el carácter normativo de la Constitución que establece el art. 9 del texto.

Segundo, aquellos que enuncian valores inmediatamente desarrollados en el texto constitucional. Tal es el caso de la correlación entre la referencia a los derechos individuales y colectivos del párrafo cuarto del Preámbulo con lo establecido en el art. 3, Título I, 143, 147.2.a) y Adicional Primera de la Constitución. Al mismo tipo puede considerarse que corresponden las referencias a «un orden económico y social justo», contenido en el párrafo segundo del Preámbulo, y al «progreso de la cultura y de la economía», en el párrafo quinto del mismo (vd., STC 259/2005).

El «orden económico y social justo» y el «progreso de la economía» son la meta de los Principios Rectores establecidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, que «informarán la actuación de los poderes públicos». Nadie debería poder reclamar, en virtud del Preámbulo, un «progreso de la economía» de acuerdo con un modelo diferente al diseñado por los tales Principios. La «calidad de la vida» se reitera en el texto constitucional con referencia al medio ambiente (art. 45.2) y a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 129.1), pero el concepto es tan amplio que podría ser invocado por el legislador o el juzgador a la hora de tomar una decisión en campos distintos a éstos. En cuanto al «progreso de la cultura», es la meta de un Estado de Cultura cuyas huellas en la Constitución ha rastreado la doctrina y consagrado la jurisprudencia Su función es, en consecuencia, enfatizar el texto constitucional y en ocasiones permitir al legislador dar satisfacción a su «vocación de ejecución de la Constitución».

Por último, se contienen en el Preámbulo intenciones y valoraciones como la de «establecer una sociedad democrática avanzada», según acreditada interpretación casi auténtica ya citada, un compromiso apócrifo entre los proponentes de una transformación del modelo de sociedad y quienes preferían

conservarlo. Al mismo género de lenguaje prescriptivo no normativo pertenece el último inciso del Preámbulo, relativo a las relaciones internacionales, si bien es el único que una jurisprudencia audaz ha convertido en determinante de un objetivo constitucional, capaz de orientar el poder exterior del Estado (*vid.* la citada STC 140/1995). Ahora bien, es significativo que, frente a lo característico de otras Constituciones, incluso anteriores a la nuestra, en dicho párrafo no se dice absolutamente nada de la integración europea que, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional (Decisión 1/2004) y gran parte de la doctrina en la que yo no participo, han considerado un expreso objetivo constitucional en virtud de lo previsto en el art. 93. Ello muestra tanto que el Preámbulo es testimonio del «momento constituyente», desbordado por la dinámica de una Constitución abierta, como que el propio proceso constituyente desborda la tesis de sus protagonistas. Tal es el sentido del consenso: unión de voluntades, más que transacción y los «silencios apócrifos» son vías idóneas para alcanzarlo… y para mantenerlo. Tras las huellas de Wittgenstein, sobre lo que no cabe concordar es mejor callar.

De lo expuesto se deduce que en el Preámbulo, no por sí mismo, sino por su correlación con preceptos del texto articulado, pueden distinguirse diferentes contenidos constitucionales, algo que ha hecho en Alemania y Francia la más acreditada doctrina. Hay aparentes «directrices constitucionales», que el intérprete termina coordinando con los correspondientes artículos constitucionales, como es el caso del último párrafo; hay conceptos que reiteran, resumiéndolo, el contenido de la Constitución, como es el caso del párrafo primero, y hay valoraciones e intenciones de diferente intensidad normativa. El intérprete puede utilizar el Preámbulo y, en la práctica, lo utiliza, ya para enfatizar el texto, ya para suplir sus lagunas, pero no para desvirtuarlo o contradecirlo en nombre de una inexistente supraconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ALZAGA VILLAMIL, *La Constitución de 1978 (Comentario Sistemático)* Madrid Ediciones del Foro, 1978.

— *Derecho Político según la Constitución española de 1978,* Madrid (Edersa), 1999.

— *Sociedad democrática y Constitución (Estudios y cabos sueltos),* Madrid (Pons), 2018.

BASU*, Constitutional Law of India* (Bombay, 1998).

FIORAVANTI, *Constitucionalismo, experiencias históricas y tendencias actuales,* traducción española, Madrid Trota (2014).

GAZIER en *Etudes et Docuents du Conseil d' Etat, 1989.*

García Álvarez, *Construcción del Comunismo y Constitución,* León (Colegio Universitario) 1978.
Ganevoix en *Études et Documents du Conseil d'État,* 1989.
Gentoit en *Études et Documents du Conseil d'État,* 1989.
Guidoni-González, *Entretiens sur le socialisme en Espagne,* Paris, 1976.
Häberle, «Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen», *Fest. J. Broemann,* Berlin (Duncker ubd Humbolt) 1982.
Herrero «Autoctonía Constitucional y Poder Constituyente» *Revista de Estudios Políticos* 169-170, pp. 79 y ss.
— «La dinámica de una Constitución abierta», en *El Valor de la Constitución,* Barcelona (Crítica), 2003, pp. 45 y ss.
— *Riesgos Colaterales de la Constitución Europea,* Oviedo, 2005, p. 13 y ss.,
— «Pour le peuple mais sans le peuple, Parallélismes entre la Constitution Européenne et le constitutionnalisme philo-soviétique» *La constitution et les valeurs; mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff* París, Dalloz 2005.
Lavroff, *Le Droit Constitutionnel de la V^em^ République,* Paris (Dalloz) 3.ª ed. 1999.
Letourneur en *Études et Documents du Conseil d'État,* 1963.
Lucas Murillo de la Cueva «Preámbulo» en Alzaga (ed.), *Comentarios a la Constitución española de 1978,* Madrid (EDERSA) 1999.
Mangas, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español,* Madrid (Tecnos) 1986.
Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar,* Berlin- Frankfurt, (Franz Vahlen) 1953.
Moraes, *Direito Constitucional,* Sao Paolo /Atlas SA) 23.ª ed 2008.
Morodo, «Preámbulo» en Alzaga (ed.), *Comentarios cit.*
Pietro de Pedro, *Cultura, Culturas y Constitución.* Madrid (CEC), 1996.
Pérez Prendes, «la Metafísica Constitucional. Ensayo de comentario al dictamen de reforma de 1845» en *Pareceres 1956-1998 Interpretatio* VII, II, 1999.
Russomano, *Curso de Direito Constitucional,* Sao Paolo (Atla SA) 23.º ed. 2008.
Schmitt, *Teoría de la Constitución,* tra.d esp. (Revista de Derecho Privado), Madrid, 1934.
Skrzydlo, *Konstytucja Rzeczy pospolitej Polskiej Komentrz,* Akmycze, 2002.
Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana,* trad. esp. Madrid (CEC) 1978.
Stevenson, *Mind* (1937) en Ayer, *El Positivismo Lógico,* trad. esp. México (FCE) 1965.
Tierno, *El Preámbulo de la Constitución de 1978,* Inédito, Archivo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
Winczorek, *Slowny wyraz wartosci en Rzeczpospolita I,* 2004.

16. SEIS DÉCADAS DESPUÉS DE LA DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Festejamos el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948 y lo hacemos meditando en torno a ella, con la brevedad, simplicidad y audacia propia de una conferencia a cuya publicación apenas he añadido un mínimo soporte bibliográfico.

La Declaración Universal puede considerarse desde diferentes puntos de vista y, anteayer, el Profesor Peces Barba les ha ilustrado sobre lo que a ella antecede y subyace: la historia de los derechos del hombre hasta su formulación en 1948. A mí me toca ocuparme de su evolución a partir de dicha formulación y ello puede hacerse, ya desde una perspectiva material, esto es, analizando su contenido, ya desde una perspectiva formal, esto es, atendiendo al mismo fenómeno de la internacionalización de los Derechos del Hombre. Lo primero supone explicitar el contenido de la Declaración, algo que ofrece escasa novedad respecto de lo que ya en 1948 era la tradición constitucional. Lo segundo algo que ha dado lugar a todo un nuevo capítulo del Derecho Internacional, y transformado una sociedad interestatal en otra que reconoce la subjetividad de individuos y pueblos, limita en su favor las competencias estatales clásicas y subyace a las denominadas intervenciones humanitarias, tan relevantes, cualquiera que sea el juicio que su práctica merezca en nuestros días. Incluso si se las califica y no le faltan motivos para ello, como «Imperialismo Humanitario» (1).

Sus principales epígrafes serían los aspectos normativos, ya universales como la denominada «Carta Internacional de los Derechos Humanos», a la que más adelante me referiré, ya regionales, en los que después insistiré; los aspectos institucionales –desde el denominado «Programa de Derechos Humanos»

de Naciones Unidas, a la emergencia de nuevas jurisdicciones internacionales para la tutela de tales derechos–; y en fin, su influencia e incluso recepción en el derecho interno en la materia que se internacionaliza o, al menos, se uniformiza, merced al impacto en legisladores y jueces de la formulación internacional de los Derechos Humanos, iniciada en 1948 (2).

A mi entender, sin embargo, lo más importante de la internacionalización de los Derechos Humanos es su proclamación como una «norma cultural» universal que cumple las mismas funciones que el viejo Derecho Natural, si bien se trata de un Derecho Natural histórico «de contenido variable y progresivo» (3). Y como tal, engarzando con la tradición de las Revoluciones americana y francesa –«los hombres nacen libres e iguales»– sirve para superar el positivismo decimonónico según el cual los derechos y libertades eran efecto de la organización estatal (von Gerber), esto es reglas de la normativa del Estado (Laband). Si los derechos públicos subjetivos son meras potestades atribuidas por la norma, *Statuta* (Jellinek), es fácil disolverlos en la función social (Duguit) o en la propia norma jurídica individualizada (Kelsen). Si, por el contrario, son, como dice la Declaración de 1948, reiterando los términos de la Declaración de Derechos de Virginia, «inherentes e inalienables», es claro que no quedan a disposición del legislador y ni siquiera del constituyente estatal, sino que se imponen al mismo como exigencia de una «higher law» que los Estados deben de hacer eficaz.

La Declaración de 1948 no deja de ser una declaración y, como veremos más adelante, solo los Convenios de 1966 que la desarrollan imponen obligaciones jurídicas directas a los Estados. En ellos parte e incluso todo el grupo normativo que denominamos *Carta Internacional de Derechos Humanos,* puede ser parte integrante del ordenamiento estatal como, por ejemplo, ocurre en España (4). Pero, aun así, existe una relación dialéctica entre las norma internacionales, que proclaman o incluso que establecen derechos y la normativa estatal que crea el polo objetivo que permite la eficacia de tales derechos. No es lo mismo, para poner un ejemplo entre otros muchos posibles, proclamar el derecho «a buscar y disfrutar del asilo» (art. 14 Declaración Universal) que organizar un sistema de asilo territorial o, incluso configurarlo como un derecho público subjetivo de configuración legal (5). Tal es la cuestión de la institucionalización de los Derechos. Ahora baste señalar que los Estados han respondido, al menos formalmente, con rara unanimidad a la exigencia que la proclamación internacional de los Derechos del Hombre supone, y que todas las Constituciones de nuestro tiempo incorporan, de una u otra manera, declaraciones de derechos, aunque, en muchos casos, sea exclusivamente con carácter nominal (Löwenstein). La parte dogmática ha

llegado a ser elemento indispensable de la Constitución «ideal», haciendo realidad el art. 16 de la declaración de 1789.

Pero entre la perspectiva material y la formal, yo prefiero seguir ante ustedes una tercera vía y examinar la propia dinámica de la génesis y desarrollo de la Declaración cuyo sesenta aniversario conmemoramos. Al hacerlo, es posible que detectemos transformaciones no previstas por los redactores de 1948 e, incluso, orientaciones y tendencias, aún vacilantes y en agraz, pero que, examinadas con atención y sin prejuicios, permiten vislumbrar evoluciones que hace seis décadas parecerían inverosímiles y, aún hoy, pudieran resultar políticamente incorrectas. ¿Pero no es el primer imperativo académico reconocer la verdad allí donde esté, y no es propio de la más profunda verdad manifestarse *in statu nascendi?* La estrella de Epifanía es siempre precoz y sólo se deja vislumbrar por los ojos dignos de ella.

2. LAS RAÍCES

Uno de los más ilustres especialistas contemporáneos en materia de derechos humanos, Antonio Cassese (6), ha identificado tres raíces en la génesis de la Declaración de 1948: la *iusnaturalista,* la *socialista y* la *nacionalista,* que yo, para mayor exactitud, denominaré *identitaria.*

A) La primera, mantenida por los Estados occidentales, incluidos los iberoamericanos que tan importante papel desempeñaron en tal ocasión, es, sin duda, la más influyente. De ella deriva la consagración de los derechos individuales clásicos. Esto es, los derechos límite (vr. gr., arts. 3, 4, 5, 9, 11, 12, 13, 17, 18), los derechos oposición (vr. gr., arts. 4, 8, 16, 19, 20, 23) y los derechos a la participación política (vr. gr., arts. 21 y 27). Lo que el viejo Jellinek (7) denominó, respectivamen*te, Status Negativus Libertatis, Status Positivus Libertatis y Status Activae Civitatis.*

A su reconocimiento y formulación concurrieron, como señala R. Cassin (8), dos corrientes doctrinales. El iusnaturalismo cristiano y basta por todos citar el nombre de Maritain. Y el iusnaturalismo racionalista subyacente al pensamiento del Presidente Roosevelt cuyo legado e incluso cuya viuda tuvo en la elaboración de la declaración una influencia determinante (9). Ambas corrientes coinciden en la valoración del individuo al que, como tal, se reconocían dignidad igual y derechos inherentes de valor absoluto. Pero los matices diferenciales son importantes. Para la tesis de raíz católica «la persona humana se realiza solo en una comunidad democrática y solidaria» y tal sería después uno

de los lemas democristianos. Por otra parte los anglosajones, en especial los americanos, trataron de hacer de la Declaración Universal un calco de su propia Declaración de Derechos.

B) La segunda raíz o fuente de la Declaración es la ideología socialista que aportan fundamentalmente la representación de la URSS y los Estados por aquel entonces bajo influencia soviética. Frente al individualismo dominante ya señalado, la raíz socialista insiste en cuatro aspectos de capital importancia, que, por otra parte, resultan próximos al pensamiento iusnaturalista católico.

Primero, porque, como quedó plasmado en el artículo 22 de la Declaración que hace de introducción a toda una serie de derechos económicos y sociales, «cada uno, en tanto que miembro de la sociedad, tiene derecho a...». Es decir, las delegaciones de los países socialistas insistieron y obtuvieron que se atendiera no sólo al individuo aislado en un universo metahistórico muy propio del iusnaturalismo racionalista, sino inserto en determinado ambiente social que concreta y condiciona su vida. Por ello, en segundo término, la influencia socialista es patente en la inserción de los derechos económicos, sociales y culturales de los artículos 22 a 27, después desarrollados en el Pacto de 1966. En tercer lugar, la influencia socialista llevó a afirmar, junto a los derechos del individuo, los deberes del ciudadano cara a la sociedad (art. 29.1). Por último, el sentido del ejercicio de los derechos en forma solidaria y de acuerdo con los propios principios de Naciones Unidas (arts. 29 y 30).

Lo que de tal planteamiento interesa ahora destacar es que los Derechos proclamados en 1948 no se dan con independencia de un aquí y ahora concretos y que tales aquí y ahora son una determinada sociedad y Estado. Que el titular de derechos en tal sociedad también lo es de deberes frente a la misma y que su ejercicio no puede ser arbitrario, sino dirigido a un fin lícito. Extremos todos ellos importantes de recordar cuando se trate de articular los derechos humanos y el interés e identidad de la comunidad nacional en cuyo seno se ejercen.

C) Junto a la matriz iusnaturalista y la matriz socialista, la Declaración de 1948 tiene también una matriz identitaria. En un primer momento, al redactar la Declaración de 1948, la única identidad que se afirma es la expresada a través de la soberanía de los Estados, que llevó a eliminar el derecho de petición, a difuminar el de rebelión apenas aludido en el Preámbulo, a negar el derecho de las minorías nacionales y, sobre todo, a eludir el carácter jurídicamente vinculante de la propia Declaración. Pero ya en la elaboración de la misma los países socialistas, no menos defensores de su soberanía estatal que los occidentales, insistieron por razones tácticas en los derechos de los pueblos. Estados recién descolonizados como la India, aún alienándose con los

occidentales, mantuvieron posiciones favorables a la emancipación colonial y países musulmanes como Pakistán y Arabia Saudí manifestaron sus reticencias y reservas en función de sus tradiciones religiosas y culturales. Del principio abstracto de la Soberanía estatal, más jurídico que político, se pasaba así a atender al titular legítimo de tal soberanía, cuestión más política que jurídica.

Esta matriz identitaria fue más adelante asumida por los Estados fruto de la descolonización y resultó determinante en los Pactos de 1966 y posteriores. En ellos se afirmó el derecho a la autodeterminación, a la identidad cultural y a la independencia económica que, pasando por una larga práctica de las Naciones Unidas en materia de descolonización (10), llevó a la formulación de un nuevo orden económico internacional (Res. 3202 S-IV y Res. 3281, XXIX) basado en el derecho al desarrollo (11), y que, después, ha llevado a propugnar los derechos de las minorías a la conservación y desarrollo de su propia identidad.

3. LOS FRUTOS

Hasta aquí la aportación de Cassese, en la que fundamentalmente me he inspirado, para, llegados a este punto, proponerles un salto adelante hacia tierras no siempre bien exploradas. Porque no basta con descubrir una serie de grupos normativos. Es preciso buscar el rojo fadián de una genética estructural. Lo que Montesquieu, al principio de su magna obra, llama «espíritu» del derecho ¿Cuáles son los frutos de semejantes raíces?

Para responder a tal pregunta, partamos de constatar que, en el proceso de universalización de los derechos humanos inciden tres factores de transformación que han afectado decisivamente a los titulares, al contenido y a la puesta en práctica de dichos derechos. Lo que utilizando las categorías de Jaime Guasp (12) cabe denominar sus sujetos, objeto y actividad.

En efecto, la universalización de los derechos humanos ha coincidido con la masificación de una sociedad progresivamente global y la globalización tiene una consecuencia cuantitativa y otra cualitativa de la máxima trascendencia. En cuanto a la primera, es evidente que el significado de los derechos se trasforma cuando sus efectivos titulares son multitud. No es lo mismo el derecho de libre circulación (art. 13 DU) de un individuo que la migración de cientos de miles, por no hablar de millones de personas. De ahí las ambigüedades y contradicciones de las normativas internacionales y estatales sobre la inmigración, asilo y extranjería y la frecuente ingenuidad de su revisión judicial, por ejemplo en España. Y, respecto de la segunda, no pueden obviarse las

peculiares características del hombre-masa dominado por la voluntad de superar a toda costa sus carencias y presto, en consecuencia a considerar sus apetencias como necesidades y exigir sus necesidades como derechos (13). Los derechos se han convertido así en lo que P. Schneider ha denominado «pretensiones legítimas a la protección jurídica» (14), entendiendo que la protección que se pretende no es formal, sino prestacional. Lo que Burdeau, adelantándose a su tiempo, llamo «la medida de una necesidad».

En cuanto a la puesta en práctica de los derechos fundamentales es indispensable tomar en consideración el impacto de la técnica que potencia extraordinariamente su alcance y, en consecuencia, agudiza el conflicto entre los mismos. La concepción clásica de los derechos vio su límite en el derecho de los demás como afirma el art. 10,1 de nuestra Constitución. Pero ello respondía a un estadio de la técnica en el que las herramientas de los hombres y su radio de acción estaban hechas a la talla y medida humanas. El hacha y la sierra, incluso la mecánica, como la pluma e incluso la linotipia, no son más que la proyección de la mano y por ello el alcance de los derechos del individuo era de suyo limitado. Pero los avances de la técnica han rebasado tales medidas. Por ejemplo, las nuevas formas de comunicación a través de la Red han trasformado el derecho a la información al hacerla potencialmente anónima y en consecuencia irresponsable y de alcance ilimitado y ello ha llevado a primer plano el conflicto entre los derechos y la asimetría entre los valores que a los mismos subyacen (Berlin). Entre libertad de expresión y derecho a la intimidad; entre libre circulación y derecho a la participación (15).

Respecto del contenido de los derechos fundamentales, que va a centrar el resto de esta conferencia, en la universalización de los Derechos del Hombre se cumple un principio lógico formidable en estos términos: la comprensión de un concepto está en razón inversa a su extensión. Es decir, cuando más amplia es la significación de un concepto, menor es su concreción, y mayor la necesidad de reducir su extensión, localizándolo, para hacerlo preciso y operativo.

De ello derivan tres consecuencias prácticas: una, la formulación universal fue necesariamente poco concreta, de ambigua la tacha Cassese (16), y demandaba un desarrollo concretizador. A ello respondieron los Pactos de Nueva York de 1966. Otra, la extensión universal de los derechos llevó, a la hora de pretender hacerlos efectivos en contextos sociales muy diferentes, a reformularlos, interpretarlos y aplicarlos de manera distinta, en función de las diferentes culturas y de las distintas posibilidades de institucionalización. De ahí, la regionalización de los mismos. En fin, la localización de los derechos en diferentes sociedades ha potenciado la raíz identitaria ya latente en la Declaración Universal. A continuación desarrollaré cada uno de estos tres puntos.

A) **Concreción e inflación**

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos y Sociales se denominan también Pactos de Nueva York por el lugar de su elaboración y firma en 1966. Junto con la Declaración de 1948 como cabecera, constituyen el grupo normativo denominado Carta Internacional de los Derechos del Hombre (17).

La adopción de los dos Pactos constituye un cambio cualitativo en el tratamiento de los derechos humanos, puesto que se trata de instrumentos convencionales que imponen obligaciones jurídicas directamente vinculantes para los Estados partes. Sin embargo, el tipo de obligaciones impuestas por uno y otro Pacto son diferentes, como lógica consecuencia de la distinta naturaleza de los derechos reconocidos. Así, mientras que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos define obligaciones automáticas, asumiendo el Estado el deber de reconocimiento y garantía inmediata de los derechos enunciados en el mismo (art. 21), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se concibe como un instrumento progresivo, que define derechos cuyo disfrute sólo se garantiza en un determinado horizonte. En el primero el Estado reconoce un derecho y no tiene más que respetarlo. En virtud del segundo, el Estado únicamente asume el compromiso de «adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos» (art. 2). Ello no supone una jerarquización entre unos y otros derechos y la Conferencia de Viena de 1993 en su *Declaración y Programa de Acción* afirmó que «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso». Pero es claro que, en la práctica, no es lo mismo el derecho límite al poder, que impone a éste una mera abstención, que el derecho crédito frente al poder, que exige del mismo una acción positiva y ello se refleja claramente en los mecanismos de control. La experiencia del constitucionalismo social desde 1917 en adelante, especialmente los textos irlandés de 1937, birmano de 1948 e indio de 1950, influyeron decisivamente en ésta estrategia redaccional (18).

Los Pactos de Nueva York recogen la práctica totalidad de los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal, desarrollándolos y dotándo-

los de unidad y, extremo capital, el artículo 1 de ambos instrumentos proclama la libre autodeterminación de los pueblos como un derecho humano.

A ello hay que añadir numerosos instrumentos preparados en el seno de las Naciones Unidas de carácter sectorial, sea porque se refieren a personas concretas, por ejemplo las mujeres, los niños, las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, las personas discapacitadas o a temas igualmente concretos, por ejemplo la protección en caso de secuestro, o la lucha contra la tortura o la pena de muerte. A ello hay que sumar los textos relativos a los Derechos Laborales preparados en el seno de la O.I.T. y la Declaración de 1993 de la Conferencia mundial sobre los Derechos Humanos y el correspondiente programa de acción en la materia (19).

Todo ello sugiere una triple consideración. De una parte, es claro que la concreción de los Derechos Humanos a partir de 1948 ha llevado a una inflación de los mismos y no sólo en el plano internacional como acabamos de ver, sino también en el doméstico, puesto que se multiplican las Cartas y declaraciones constitucionales sobre la materia. Sin duda, hoy el fenómeno tiene una motivación y cumple funciones positivas: una función de eficacia al hacer normativo lo que en principio fue una pura declaración de intenciones y de ahí la conversión de la Declaración de 1948 en pactos jurídicamente vinculantes e instrumentos de garantía jurídica para su cumplimiento, y también una función pedagógica que este tipo de declaraciones cumple, incluso cuando no pasan de ser meramente nominales (Löwenstein).

Pero de otro lado hay motivaciones más impuras y con consecuencias menos positivas, puesto que la hiperinflación de las declaraciones de derechos no ha dejado de contribuir a la devaluación de los mismos. El paso del ciudadano al hombre concreto cuyos derechos son proyección de sus singulares apetencias, hace que no baste la Declaración de Derechos del hombre, sino que es preciso especificar la del anciano, el niño, el agricultor y el habitante de la montaña. Lo que revelan tantos textos internacionales tiene su paralelo en las partes dogmáticas de las Constituciones de nueva redacción, entre otras la nuestra.

Simultáneamente, lo que Schmitt denominaba constitución «ideal» que, por una parte simboliza la estatalidad y, por otra, se vincula históricamente a las declaraciones de derechos americana y francesa, hace que, quien quiera afirmar su estatalidad o, de una u otra manera pretenderla, estime preciso formular una Declaración de Derechos, aunque esta sea redundante con otros instrumentos ya vigentes. Baste señalar, para poner dos ejemplos recientes, la Carta de Derechos acordada por la Unión Europea en Niza o la parte dogmática del reciente Estatuto de Autonomía de Cataluña.

No han faltado intentos de poner coto a esta tendencia y legisladores especialmente sabios como los austríacos en 1970 o, más recientemente, los británicos, en vez de elaborar una tabla de derechos, tarea siempre difícil, han constitucionalizado en su propio ordenamiento, instrumentos internacionales ya vigentes como es la Convención Europea de 1950. Así lo propugné yo, sin éxito, a la hora de elaborar la Constitución Española (20).

B) **Regionalización**

La regionalización de los Derechos Humanos es, en sentido lógico que no cronológico, la segunda, línea de desarrollo de la Declaración Universal y supone que dicho desarrollo y concreción se adecua a las especificidades de cada área de civilización. La Conferencia de Viena en su citada *Declaración* ya levanto acta de tal situación al señalar que «debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos».

El primer hito de este proceso es la *Convención Europea* de 1950 y el grupo normativo que dicha convención encabeza, elaborado en el marco del Consejo de Europa.

La Convención Europea y sus Protocolos adicionales constituyen la cabecera de un importante grupo normativo al que, en virtud de su propia remisión, deberá añadirse la Carta de Derechos aprobada en Niza y cuyo status es tan ambiguo como la del antiguo Tratado de Lisboa. Un conjunto normativo, interpretado por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, de la máxima importancia en razón de su eficacia directa, de su influencia como canon hermenéutico de interpretación jurisprudencial en los Estados miembros del Consejo de Europa y en otros que no lo son, incluso en la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Por el contrario la *Carta Social Europea* de 1963 ha tenido mucha menor trascendencia práctica, por centrarse en derechos económicos y sociales un tanto ambiciosos que, por las razones antes señaladas, son más objetivos a conseguir que derechos directamente exigibles. Por ello, los mecanismos de control previstos en la propia Carta no contemplan instancias jurisdiccionales sino informes políticos de los Estados parte, a examinar por instancias no menos políticas.

En el marco europeo, de una Europa que aspira a llegar a los Urales, también ha de señalarse la recepción y afirmación de los derechos civiles, políticos

y sociales en la declaración de Helsinki (1975), en el contexto de la Guerra Fría y, a su término, en la Carta de París (1991).

El segundo gran hito del proceso regionalizador se da en América. La elaboración de una Carta Americana de derechos constituyó uno de los primeros objetivos del sistema interamericano. Dicho objetivo, que se proclama ya en Chapultepec, se plasmó en 1948 en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,* En 1969, se elabora la *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* también conocida como *Pacto de San José,* en vigor desde 1978, que constituye, junto a la *Declaración Americana,* el principal texto de referencia del sistema interamericano, tanto desde una perspectiva material como procesal.

Se reconocen en tales instrumentos los Derechos Civiles y Políticos y, en el *Protocolo del Salvador* de 1988, los Derechos Sociales en paralelo con los modelos europeos y los Pactos de Nueva York. Y a ello debe añadirse varios instrumentos de protección sectorial. Sus redactores no imaginaron que pocos lustros después, en 1989, vería la luz el Convenio 169 de la OIT sobre *Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* que inaugura una amplia corriente internacional y constitucional, hoy en intenso desarrollo, en pro de los derechos de los pueblos indígenas que engarza con la tendencia identitaria antes mencionada y a la que más adelante me referiré (21).

El tercer hito es la *Carta Africana* de 1980 adoptada el 27 de junio de 1981, en la 18.ª Asamblea General de Jefes de Estado y Gobierno de la O.U.A., y que entró en vigor en 1986. Dos *Protocolos,* uno para establecer un Tribunal de garantías y otro sobre los derechos de la mujer y una *Carta sobre los derechos de los niños* completan este grupo normativo.

En ella se aprecian ya claramente pruebas de una sensibilidad muy distinta a la del individualismo imperante en 1948. A parte del enfático Preámbulo, se insiste en la autodeterminación (art. 20), el derecho al desarrollo y la disposición sobre los propios recursos (art. 21) ya explícitos en los Pactos de Nueva York, en los valores comunitarios, desde la familia (art. 27 y ss.), a los pueblos (art. 19) y en la identidad étnico-cultural (arts. 22 y 29).

Ya sabemos, ustedes y yo, o al menos sospechamos, que una Carta de Derechos Humanos no tiene demasiada efectividad en un continente sumido en la miseria, la corrupción y la violencia. Se trata de una norma que, según la terminología de Löwenstein no pasa de ser «nominal». Pero lo nominal no es irrelevante cuando expresa, como en este caso, la sensibilidad esperanzada de cien millones de humanos.

El último hito de este proceso de regionalización es la *Carta Árabe de Derechos Humanos* formulada por la Liga Árabe en 1994.

Se repite allí el modelo de los Pactos de Nueva York, pero con importantes matizaciones harto significativas. Así, los derechos se configuran por ley (art. 4), y muchos de ellos se reservan a los ciudadanos. La libertad de religión, referida con especial énfasis a las minorías (art. 37), se matiza en cuanto a Derecho individual (art. 27) con el respeto al derecho de las demás, lo que en el mundo musulmán a cuyos valores se hace reiterada referencia en el Preámbulo, tiene un especial significado y se reconoce expresamente el valor del nacionalismo árabe (art. 35). En todo ello apunta el valor emergente de la identidad.

C) ¿Hacia la colectivización de los derechos?

Esta inserción de los Derechos proclamados en 1948 en la realidad social concreta remite a la identidad comunitaria cuyo reconocimiento se vislumbró primero y negó después, como antes dije, en la génesis de la Declaración de 1948 y, más tarde, se afirmó en los Pactos de Nueva York, a través del derecho de autodeterminación (art. 1 de ambos Pactos) y del reconocimiento del derecho de las minorías (art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) y se ha desarrollado en numerosos instrumentos internacionales ¿Se trata acaso de superar el individualismo por la identidad colectiva? No es mi intención propugnarlo, sino subrayar una tendencia, harto evidente, en la evolución de declaraciones de derechos expuesta.

Tres son los pasos lógicos que llevan a la progresiva primacía de lo identitario comunitario en el desarrollo y aplicación de una Declaración en cuya redacción inicial lo identitario colectivo desaparecía ante los derechos individuales y el principio de no discriminación. Primero, la toma en consideración de la *dimensión colectiva* de los derechos humanos fundamentales, incluso los más íntimos. Segundo, la resultante *nueva interpretación de la igualdad.* Tercero, la relevancia de la *afectividad.*

a) En cuanto a lo primero, es evidente que la realización práctica de los derechos fundamentales del individuo tiene una dimensión colectiva e incluso, institucional, extremo, éste último, de la máxima importancia, pero imposible de abordar hoy aquí. Si volvemos a la trilogía, antes señalada, resulta que los derechos que Jellinek llama*ría status negativu*s y *status positivus libertatis* solo tienen sentido en un horizonte de identidad colectiva determinada. Reconocerlo así es la gran aportación doctrinal del más consecuente liberalismo de nuestros días (22).

La esencial dimensión colectiva, no se da sólo en aquellos derechos que el individuo ejerce necesariamente con-los-otros, como el derecho de reunión, asociación o sindicalización, sino de derechos tan íntimos como la libertad de conciencia y de religión que, para ser efectivos, requieren una dimensión pública y colectiva para proclamar la Fe y organizar el culto y el servicio, dimensiones sin las cuales la libertad de conciencia es meramente negativa. Y es claro también que derechos fundamentales tan clásicos como la libertad de expresión y los llamados derechos culturales de tercera generación, remiten al uso y transmisión de la «lengua propia» y nada hay tan colectivo como la lengua. Aunque el reconocimiento a nivel universal de lo que la jurisprudencia suiza acertadamente denominó «derecho fundamental no escrito» haya de esperar hasta 1992. *(Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas de las Naciones Unidas y Carta Europea de las minorías regionales y lingüísticas).*

Es claro, igualmente, que los derechos de participación política, el *Status Activae Civitatis,* remiten al problema de en qué se participa y en calidad de qué. Si se hace a título individual o en cuanto miembro de una determinada comunidad y si la garantía de dicha participación pretende superar la discriminación de tal comunidad o, por el contrario, garantizar su identidad separada en el seno de la comunidad global en la que se inserta. Topamos aquí con la peliaguda cuestión de los derechos de las minorías que sólo cabe apuntar.

Existe ya al respecto una densa trama de normas internacionales y regionales y una abundante jurisprudencia constitucional. De su estudio comparado, que ya he abordado en otras ocasiones (23), surge el concepto de «minoría histórica», como tal reconocido en los más importantes Estados. Tales minorías son titulares de derechos y acreedoras de protección en cuanto colectividad en las que se encuadra el ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros. La solución es de todo punto diferente respecto de los miembros de minorías no históricas que no gozan de derechos colectivos, sino tan solo de los derechos fundamentales que como individuos les corresponden.

El derecho a la autodeterminación de los pueblos, consagrado en los artículos 1 de los dos Pactos de Nueva York es piedra angular en la construcción de los derechos colectivos (24). En efecto, si autodeterminación significó, en principio, «gobierno con el consentimiento de los gobernados», esto es autodeterminación interna, el principio de las nacionalidades lo configuró como autodeterminación externa y así fue recibido, como instrumento descolonizador en los Pactos de 1966. Pero, conseguida la descolonización, se ha pretendido cercenar su proyección externa en atención al principio de integridad territorial de los Estados como uno de los fundamentos del orden internacional. En tal sentido apuntan la

propia práctica de las Naciones Unidas que pretende reducir al marco colonial el mencionado derecho, el *Acta* de Helsinki que afirma la inmodificabilidad de las fronteras y, más aun, la *Carta de París* que supedita el reconocimiento de los PEGOS, surgidos de la secesión, al establecimiento y funcionamiento de un sistema democrático. Esto es, la autodeterminación externa a la interna. La práctica posterior muestra que la realidad es otra. La autodeterminación se impone, en la URSS, en Yugoeslavia y en Checoeslovaquia, con lo que Jellinek denominó la «fuerza normativa de los hechos».

Ahora bien, desde nuestro punto de vista lo que importa no es describir la proyección colectiva de unos u otros derechos, sino desvelar en qué consiste esa su naturaleza colectiva. Y así resulta que los derechos son colectivos no solo cuando su titular es una colectividad, sino cuando el bien a tutelar es un bien colectivo (25). La autodeterminación de un pueblo es un bien colectivo y, por ello, su titular no es individuo alguno, sino el pueblo en cuestión. La lengua es un bien colectivo y, por ello, puede calificarse de derecho colectivo el que sus hablantes tienen a utilizarla. Y la identidad étnica y cultural es un bien colectivo y, por ello, no está a disposición de quien quiera optar por ella o incluso abandonarla, sino que es un derecho a ejercer por quienes, objetivamente, pertenecen a la colectividad en cuestión. Los derechos colectivos lo son en función de su objeto y es el objeto el que determina al sujeto hasta confundirse ambos como ocurre en los derechos de la personalidad y otros derechos existenciales.

Que la tutela del objeto prima sobre la libertad del sujeto se pone de manifiesto en las diversas medidas de protección externa e interna que garantizan determinado bien colectivo frente a la erosión exterior y la disidencia interior. Ello es especialmente cierto en cuanto se refiere a la protección de minorías históricas y pueblos indígenas. Como señalara Mirkine Guetzevitch en los albores del régimen de minorías, se trata de un «control social de la libertad».

b) El segundo paso de los atrás enunciados es la idea de igualdad resultante de todo lo dicho y que ahora solo cabe apuntar. La Declaración Universal enuncia en su comienzo la igualdad de todos ante la ley, con independencia de edad, raza, sexo, lengua o religión y lo mismo se reitera en los Pactos de Nueva York y en las múltiples declaraciones regionales atrás citadas. Se trata de la noción kantiana de igualdad, basada en la común dignidad de los seres humanos. Pero, poco después de Kant, Herder introdujo el principio de valoración de las diferencias y las ideas de dignidad e igualdad recibieron progresivamente otro significado.

Topamos aquí con el problema filosófico de la fundamentación de los Derechos Humanos que no es el momento de abordar. Baste señalar con Charles Taylor (26), un importante teórico de las políticas de reconocimiento, que con-

frontando ambos legados, el de Kant y el de Herder, la dignidad de todos, esto es la de cada uno, exige que cada cual sea igualmente valorado en su singularidad y en la correspondiente dimensión colectiva de aquella su singularidad, la raza, el sexo, la lengua y la religión entre otras. En consecuencia, la igualdad verdadera no consistirá ya en tratar por igual a los individuos haciendo abstracción de tales características, sino tratar con igual respeto las dichas características.

Esta nueva versión de la igualdad es a la que responden hoy día la mayor parte de las políticas de discriminación positiva. Su meta no es tanto la promoción sino el reconocimiento. Es la que está en la raíz de los *derechos a la identidad colectiva,* por definición derechos colectivos.

Ya no serían aceptadas las previsiones del art. 1,4 de la *Convención* de 1965 *contra la discriminación* según el cual se adoptarán « medidas especiales con el único propósito de asegurar el adecuado progreso de determinados grupos raciales o étnicos que requieren tanta protección como sea necesaria en orden a garantizar a dichos grupos o individuos igual goce o ejercicio de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, garantizando que tales medidas no tendrán como consecuencia el mantenimiento de derechos separados para diferentes grupos raciales y que no deben ir más allá del cumplimiento de los objetivos para los cuales fueron adoptadas». Hoy prima el derecho a la diferencia como se expresa, por ejemplo, en el art. 3 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* adoptada en el 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre cuyos principios generales establecidos en art. 3 se establece «el respeto por las diferencias y la aceptación de las personas con discapacidades como parte de la diversidad humana» (apartado d) así como el respeto hacia «el derecho de los niños con discapacidades a preservar sus identidades» (apartado h). Tales principios inspiran diversos instrumentos sectoriales y regionales relativos a la discapacidad. Y es claro que también inspiran los instrumentos relativos a minorías étnicas y pueblos indígenas. En una palabra, prima el derecho a la diferencia y la promoción tiende a conservarla y desarrollarla en vez de superarla.

c) Ahora bien y éste es el tercero de los pasos atrás enunciados, ¿Cómo se explica esta valoración de la identidad sin atender a las cargas de afectividad en ella invertida?

El extremo caso de los colectivos de minusválidos que no solicitan una discriminación positiva para compensar la minusvalía y salir de ella, sino para perpetuarla y que así han sido tomados en consideración por la normativa citada, la práctica y la jurisprudencia comparadas, pone de manifiesto, con la precisión propia de la caricatura, un fenómeno más general y profundo: la pasión por la búsqueda y conservación de la propia identidad. La práctica de los dere-

chos del hombre, de los individuales y colectivos, requiere cada vez más atender al valor de identidad, algo que la sociedad global de nuestros días amenaza más que nunca. Y ello exige medidas de protección externa e interna que, en ciertos casos, refractan los derechos clásicos.

Los microestados, sociedades cuya pequeña talla hace especialmente vulnerable su identidad, ofrecen ejemplo de ello y otro tanto cabe decir de regiones de estructura identitaria muy frágil (27). Derechos como los de propiedad, circulación y residencia se limitan y condicionan por su peligrosidad para el mantenimiento de una identidad que se estima más valiosa, no sólo que la riqueza o el progreso, sino que la misma autonomía de la voluntad.

El primero de los derechos que llega a condicionar a los demás es el derecho a la identidad, y ésta siempre trasciende al individuo; es colectiva. A eso, llamaba Wahl «transdescendencia».

Algún día se elaborará una Teoría del Estado atenta a los sentimientos de la que hoy tan solo conozco atisbos. Entonces se pondrá de relieve cómo los derechos humanos, al pasar de las declaraciones a la práctica, han dejado de ser fruto de la razón universal, de donde surgen los derechos subjetivos, la autonomía de la voluntad y el Pacto, para referirse a los sentimientos. Ello es así porque en el hombre, decía Ortega, la razón es la mera cima de un iceberg de instinto, pasión y deseo: esto es, de afectividad y la afectividad, para no desembocar en la neurosis, requiere la comunidad.

La cuestión no es saber si hay ya y habrá más comunitarización de los derechos en el futuro. Eso me parece indudable y a los teóricos corresponde acuñar las categorías dogmáticas para dar cuenta de ello. Las cuestiones más graves están en otro lugar: Por una parte, en establecer los límites de dicha colectivización y garantizar en ella los valores esenciales del individualismo en el derecho, como rezaba el título, ya clásico de Marcel Walin (28). Por otra, en esclarecer cuál es la instancia que, por ofrecer el anclaje identitario adecuado, puede servir de polo colectivizador. ¿Será una instancia sectorial, como la religión, según la tradicional reivindicación de las sectas o como el género o la orientación sexual, según proponen los llamados nuevos movimientos sociales o novísimas minorías? ¿O será una instancia política? Y, en tal caso ¿serán las minorías, o las naciones sin Estado, o los Estados Nacionales, o los plurinacionales con suficientes factores de integración, o lo que Díez del Corral denominó supernaciones o, por hipótesis, una comunidad supranacional?

De analizar los derechos se llega así a toparse con las Instituciones; pero eso es materia para otras muchas disertaciones porque de ser así, supondría una inversión radical de los actuales planteamientos del Derecho constitucional más atento a los primeros que a las segundas.

NOTAS

(1) Cf., v. gr., CARRILLO, *Permanencia y Cambio en Derecho Internacional*, Madrid (RACM y P), 2005.

(2) Cf. por todos, DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público.* Madrid (Tecnos) 14.º Ed. 2003, p. 583 y ss.

(3) La expresión es de Stammler y Coing. Cf., KAUFMANN, *Naturrecht und Geschitlichkeit,* Tubinga (Mohr) 1957.

(4) Art. 96 CE. Cf. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

(5) V. fr., en España Ley 9/1994 de 4 de mayo que reforma la Ley 5/1984 de 26 de marzo. Cf. Consejo de Estado, *Memoria* 1995, Madrid (BOE) 1996, p. 127 y ss. En el mismo sentido el ante proyecto de ley que el Gobierno tiene en estudio. Cf. Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1870/2008, 27 de noviembre del 2008.

(6) *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo,* trad. esp. Ariel (Barcelona), 1991, p. 43 y ss.

(7) *System der subjektiven Öffentlichen Rechte,* Tubinga, 1892.

(8) *Cf. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye,* 79 (1951-H, p. 237 y ss.).

(9) Cf. JOHNSON, «The Contribution of Eleanor and F. Roosevelt to the development of International Protection of Humans Rights». *The Human Rights Quarterly,* 9 (1987), p. 35 y ss.

(10) Cf., por todos, YTURRIAGA, *Participación de la ONU en el proceso de descolonización*, Madrid (CSIC), 1967.

(11) Cf. en español la obra pionera y todavía útil de GARCÍA AMADOR, *El Derecho Internacional al desarrollo, una nueva dimensión del Derecho Internacional Económico,* Madrid (Civitas), 1987. En general, DÍEZ DE VELASCO, *op.* cit., p. 596 y ss. y la bibliografía así citada.

(12) *Derecho,* Madrid, 1971.

(13) Me remito a los planteamientos de ORTEGA *(La rebelión de las masas,* 1930) y de RÖPKE *(La crisis social de nuestro tiempo,* 1946).

(14) SCHNEIDER, «Droit sociaux et doctrine des Droits de Thomme». *Archives de Philosophie du Droit,* 1967, 12, p. 327 y ss.

(15) Cf., el capítulo 11 de mi obra *El valor de la Constitución,* Barcelona (Crítica), 2003, p. 169 y ss.

(16) *Op. cit.,* p. 48.

(17) El primero, el de Derechos Civiles y Políticos, se complementa con dos Protocolos Facultativos. Uno del mismo 1966, que establece como garantía un sistema de peticiones. Otro de 1989, destinado a abolir la pena de muerte.

(18) El paralelo constitucional tiene su origen en el texto irlandés de 1937. CF. HERRERO. *Nacionalismo y constitucionalismo. El derecho constitucional de los nuevos Estados,* Madrid (Tecnos), 1971, pp. 410 y ss.

(19) Cf. El repertorio publicado por el Consejo de *Europa Human Rights in International Law,* Estrasburgo, 7.ª ed., 2007.

(20) Cf. mis *Memorias de Estío,* Barcelona (Temas de Hoy), 199, p. 139 y ss.

(21) Cf. La compilación documental con estudios preliminares de CLAVERO (ed). *Derechos de los Pueblos Indígenas,* Vitoria (Gobierno Vasco), 1988, y Aparicio, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina,* Barcelona (Cedecs), 2002.

(22) Por todos, cf., KYMLIKA, *Ciudadanía multicultural,* trad. esp. Barcelona (Paidós), 1996.

(23) Cf. PENTASSUGLIA, *Minorities in Internacional Law,* Estrasburgo (Consejo de Europa), 2002. Abordé la cuestión en un seminario celebrado en St. Anthony's College (Oxford) en 2004, cuyo texto, «Minorities and Historical Titles: the Search of Identity», se publica en la *Revista Internacional de Estudios Vascos,* 2008, p. 191 y ss. Más ampliamente, «Protección de minorías e identidades históricas en la práctica constitucional europea». *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid (UAM), 2005,II, p. 1919 y ss.

(24) Sobre lo que sigue, cf. CASSESE, *Selt-determination of Peoples. A legal Reappraisal,* Cambridge University, Press, 1995.

(25) Cf. RAZ, *The Morality of freedom,* Oxford (Clarendon), 2008, p. 208.

(26) TAYLOR, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento,* trad. esp., Madrid (FCE), 2003.

(27) Cf. mi estudio «Els Drets Humans ais microestats: dues crisis de creixement*», en Recull i comentari deis articles de la Declaración Universal de Drets Humans. 50é aniversari,* Andorra (Col-legi d'Advocats), 1999, p. 293 y ss.

(28) *L' lndividualisme et le droit,* París (Sirey), 1945.

17. EL RELIEVE CONSTITUCIONAL DE LA IDENTIDAD RELIGIOSA (UN ENSAYO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO)

Cfr. Mc. 9, 38-40

1. SECULARIZACIÓN Y CONFESIONALIZACIÓN

La secularización es concepto harto polémico que ha hecho correr ríos de tinta entre los más afamados especialistas en la materia. A los efectos puramente instrumentales que aquí interesan, puede definirse como un fenómeno social, antes que político y jurídico, consistente en que la sociedad establece sus propios valores autónomamente. Esto es, sin referencia alguna a las doctrinas y autoridades religiosas. Se trata de un proceso de larga duración, al parecer inherente a la modernidad, tal como la caracterizara Weber, y es, sin duda, el rasgo más destacado por la sociología religiosa de nuestro tiempo. La secularización no excluye la religión. Antes al contrario, es terreno fértil para el desarrollo de nuevas formas de religiosidad como la «religión invisible» que teorizara Luckmann (1) e incluso la sincera confesión convencional no practicada. Pero tiende a reducir e incluso a excluir las religiones clásicas del espacio público, diluyendo su dogmática, relativizando su enseñanza y devaluando la presencia social de sus símbolos y sus ministros. Un texto clásico en la materia, el libro de Wilson, *Religion in Secular Society* (2) dio, hace ya años, elocuente cuenta de ello.

Por el contrario, la confesionalización es un fenómeno político y jurídico, consistente en una intensa relación e interpenetración de los poderes y las instituciones públicas con las confesiones religiosas, fundamentalmente con una,

que, en último término impregna con sus categorías, especialmente las dogmáticas, simbólicas y rituales, las instituciones y los espacios públicos. La *Res Publica* es así *Res Sacra* y como tal se ha considerado formalmente al Estado prolongación de la Iglesia en el cristianismo oriental (3). Pero, a la vez, la religión se convierte en materia eminentemente política y la correspondiente Iglesia en un servicio público, dando nueva vida a la vieja formula ciceroniana, *una cuique civitati religio est, nostra nobis (Pro Flaco XXVIII),* que el evangélico *Cesaris Cesari, Dei Deo* (Mc. 12, 17) parecía haber cancelado ¿Es la nacionalización, incuso de la religión, como dijera André Hauriou, un retorno a la Ciudad antigua?

La confesionalización de los Estados, su identificación con una confesión religiosa –católica, luterana, anglicana, reformada–, ha sido una constante en la historia europea, cuna y patrón del moderno constitucionalismo. Primero, en España e Inglaterra; después, por doquier, desde Westfalia hasta entrar en crisis con el constitucionalismo liberal (4). En una u otra medida, todos los Estados europeos siguieron análogo proceso, si bien el tipo de organización religiosa que adoptan indujo uno u otro resultado. Lo que Milton Yinger (5) denomina religión universal institucionalizada –v. gr., los católicos– no llevaron la simbiosis al extremo de los Estados que, como los protestantes, organizaron sus confesiones como *Ecclesiae* estrictamente nacionales. Los rasgos confesionales del constitucionalismo extraeuropeo siguen las mismas pautas y las formas religiosas que Yinger denomina universales difusas, esto es no institucionalizadas, v. gr., el Islam, son más proclives a la nacionalización que las institucionalizadas y confunden sus instituciones con las del Estado (v. gr., Malasia, 2010, sec. 3,2 y Brunei, 1959, sec. 3, 2 y 3).

Lógica e históricamente secularización y confesionalización parecen fenómenos antitéticos, de modo que la secularización social debiera excluir la confesionalización de los poderes públicos y así lo afirma como un hecho incontestable una doctrina más prescriptiva que analítica (6). Y es claro que una opción jurídico-política que pretenda favorecer la secularización adopta posiciones laicistas. Un caso reciente y extremo de ello serían, las políticas antirreligiosas de los regímenes comunistas, primero en la URSS, después en las llamadas democracias populares y cuyo máximo ejemplo fue el ateísmo oficial de la República Popular de Albania en 1976 (arts. 7 y 55).

Pero atendiendo a lo que el ilustre sociólogo lovaniense Karel Dobbelaere (7) denomina macronivel y, sin duda, lo es el análisis de las normas constitucionales hoy vigentes relativas a la religión, muestra lo contrario.

La secularización es evidente en las sociedades europeas, pero también en otros ámbitos culturales. Y, sin embargo, a lo largo y ancho de los cinco

continentes, entre las más diferente culturas, puede comprobarse que los Estados conservan y desarrollan importantes elementos neoconfesionales y así lo hacen constar en sus constituciones. Calificarlos de residuos en vías de superación, como es frecuente se haga, es, sin paliativos, una enorme frivolidad y pretender forzar su eliminación es confundir las tareas del comparatista con las ilusiones constructivistas de un megalománico legislador universal. Pero tampoco me parece acertado tomarlos como muestra de una antisecularización en curso. No se tata de una prueba más de lo que Gilles Kepel denominó *La Revancha de Dios* (8) a través de formas fundamentalistas. Antes bien, como expondré más delante, salvo en algunos países musulmanes, estas declaraciones constitucionales de neoconfesionalidad van de la mano con el reconocimiento de la más amplia libertad religiosa e, incluso, de la separación entre la Iglesia y el Estado.

El objeto de este breve ensayo no es, claro está, un análisis exhaustivo de tan compleja materia y de las cuestiones con ella conexas. Pretende, simplemente, llamar la atención sobre tales elementos confesionales y esbozar, de manera forzosamente elusiva, su funcionalidad para explicar su compatibilidad con la secularización social.

2. TRABAJO DE CAMPO

Para mostrarlo he analizado al efecto los ciento noventa y un textos constitucionales hoy vigentes en el mundo y muchos de sus precedentes que he conseguido localizar (9). Entre ellos, hay algunos correspondientes a microestados, apenas veinte entre los más de doscientos tomados en consideración y expresamente citados, pero el comparatista, decía Arminjon, ilustre y fecundo pionero de este tipo de estudios, haría mal en despreciar cualquier anécdota, por pequeña que sea, capaz de ilustrar una categoría.

Un conocimiento cabal del tratamiento constitucional de la religión requeriría ir más allá de los textos y atender a su desarrollo legislativo y a su interpretación jurisprudencial. Lo primero solo lo he hecho muy parcialmente y de ello doy cuenta a continuación. Lo segundo excedería con mucho los límites de este ensayo de cuyas carencias soy muy consciente. Solo en contadas ocasiones he recurrido a la jurisprudencia. Sin embargo, creo que los solos textos constitucionales, aun sin desarrollo normativo y administrativo y sin interpretación jurisprudencial, son de sobra elocuentes para ilustrar el relieve constitucional que alcanzan los temas religiosos. Un relieve que muestra una cierta pulsión social, porque el constituyente no es un fantasma, sino, como de

todo legislador decía Ph. Heck, la diagonal resultante de los intereses en presencia, incluidos, claro esta, los sentimientos. Pero esta innegable pulsión social no tiene que estar directamente vinculada a la «fe y devoción que solo Dios conoce», como dice la formula litúrgica. Pongo entre paréntesis husserlianos lo que los anglicanos o los cingaleses creen y practican y me limito a comprobar que la Iglesia anglicana es, en Inglaterra, una religión de Estado y que los shinaleses han luchado hasta la muerte para preservar la identidad budista de Ceylan.

Las constituciones abordan la religión desde dos perspectivas diferentes. Una, los objetos religiosos, desde el concepto de Dios hasta las instituciones eclesiásticas; y, otra, la libertad religiosa. En cuanto a la primera, más de un centenar de textos constitucionales vigentes contemplan el hecho religioso en sí mismo. Desde la invocación de la divinidad hasta la configuración de Iglesias de Estado o la plena confesionalización de éste y la consiguiente creación de instituciones estatales de función religiosa –por ejemplo los Consejos de expertos islámicos en Malasia o Brunei atrás citados y de Comoras o la jurisdicción del Cadí para la aplicación de la *sharia* de Kenia o Nigeria o la garantía político constitucional de bienes económicos religiosos– por ejemplo en Chipre.

Respecto de la segunda, la libertad religiosa, sea una norma efectiva, sea una declaración meramente nominal, figura en la mayoría de las constituciones vigentes y se proyecta en campos muy diversos. Desde la no discriminación individual de los creyentes y la colectiva de las religiones, hasta la autonomía de estas, pasando por la libertad de cultos, de enseñanza o la presencia religiosa en los servicios públicos. Me ocuparé principalmente de la primera de las perspectivas indicadas y solo en relación a ella de la segunda, por las razones que verá el lector.

La distribución geográfica y adscripción dogmática de tales constituciones es significativa. En Europa treinta y una constituciones vigentes prestan atención a aspectos varios del hecho religioso, sin contar las referencias a la libertad religiosa. De ellos, doce (Irlanda, Andorra, España, Portugal, Italia, Hungría, Eslovaquia, Polonia, Lituania, Malta, Mónaco, Lichtenstein) corresponden a sociedades católicas; seis (Reino Unido, Islandia, Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia) a sociedades protestantes; siete a sociedades cristiano-ortodoxas (Ucrania, Bulgaria, Macedonia, Grecia, Georgia, y Chipre), incluyendo entre ellos a Armenia sin desconocer la peculiaridad de su Santa Iglesia Apostólica; tres (Alemania, Países Bajos y Suiza) a sociedades bi o multiconfesionales; y dos (Albania y Bosnia) a sociedades musulmanas en vías de expansión.

El caso de Francia merece un párrafo a parte. Estado prácticamente confesional desde la restauración napoleónica, la III.ª República abre una profunda crisis a partir de la penúltima década del siglo XIX que culmina con la ley de separación de 1905. Pero ésta, pese a su indiscutible hostilidad laicista, contenía ya, frente al inicial proyecto radical de Cambon en 1904, semillas de pactismo que fructificaron a partir de los años 1920 con la substitución de las Asociaciones Cultuales previstas en dicha ley y rechazadas por la Iglesia Católica, por la asociaciones diocesanas, presididas por el Obispo local. Los acuerdos Poincaré-Ceretti de 1924 y la asistencia oficial a la canonización de Juana de Arco fueron otros tantos hitos significativos en un proceso que culmina en lo que se ha considerado como paradigma de la laicidad positiva caracterizada por una intensa cooperación de las autoridades civiles y religiosas. Proceso en el que ha desempeñado una función capital la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado, proclive a una interpretación liberal de las normas laicizadoras y siempre atenta al sentir popular, a la cual más adelante haré referencia. Tal es la laicidad de la República, constitucionalizada desde 1946 y que se considera un rasgo de la identidad francesa (10). Se trata de una laicidad sobre un fondo cristiano y, más aún, católico (11). Ello convierte, de hecho, la laicidad en un instrumento de defensa de dicha identidad frente a confesiones foráneas, el Islam y las asiáticas.

De las constituciones de los dieciocho Estados americanos, todos menos, México y Cuba, abordan el hecho religioso, atendiendo al contexto, desde una perspectiva tácitamente cristiana. Así la vigente Constitución de Colombia, se inicia con una invocación a Dios, rompe con la tradición seguida por sus antecesoras y declara la separación entre la Iglesia y el Estado que presta a la Iglesia Católica grandes facilidades patrimoniales y funcionales y otro tanto hace la de Uruguay. Es original la formula nicaragüense de 1987 cuyo Preámbulo rinde tributo a «los cristianos que, desde su fe en Dios se han comprometido e insertado en la lucha por la liberación de los oprimidos», clara referencia a la «teología de la liberación».

En cuanto a los Estados Unidos, sabido es que la primera enmienda a la Constitución prohíbe la oficialización de cualquier confesión *(non establishment clause).* Pero la interpretación mayoritaria de tal fórmula se ha venido inclinando por la versión *non preferential,* que excluye la opción de los poderes públicos por una determinada confesión religiosa, pero no niega la relevancia de la religión y, más aún, de la tradición judeocristiana, en la identidad de la nación. La proliferación de confesiones no cristianas, el auge de los movimientos agnósticos y las denominadas «guerras culturales» entre una modernidad racionalista y libertaria y dogmas y éticas religiosas, ha replan-

teado la cuestión en los últimos años en diversos campos. Desde la jurisprudencia –a partir del caso *Employment Division vs. Smith* de 1990– al periodismo de opinión –baste pensar en los grandes reportajes sobre la cuestión religiosa en el *New York Times* en los años 2006 y 2007– pasando por la crítica académica radical, en el sentido de desvincular la identidad política americana de cualquier connotación religiosa. Sin embargo, la reacción que puede considerarse hoy mayoritaria, trata de restaurar valores y símbolos religiosos insistiendo en su carácter de tradición cultural, vinculada a la identidad nacional (12).

En el Asia no islámica pueden distinguirse los siguientes tipos de tratamiento constitucional de la religión, excluyendo los Estados aún formalmente comunistas, como es el caso de China, Mongolia y Vietnam.

Primero, el laicismo propio de las dos grandes democracias, Japón y la India, si bien de acuerdo con dos pautas diferentes: la nipona y la hindú.

La constitución japonesa de 1946 secularizó plenamente el Estado, desoficializó el Shinto, hasta entonces religión oficial y desacralizó la figura del Emperador. Sin embargo, la práctica oficial de las instituciones, por ejemplo, la entronización imperial, sigue respondiendo al ceremonial shintoísta y gozan de amplio apoyo en la opinión pública. Como el propio Hiro-Ito explicó sin demasiado éxito al general MacArthur, jefe supremo de las tropas de ocupación del Japón vencido, la concepción nipona de la divinidad era muy distinta de la judeocristina y, en consecuencia, la desacralización del Emperador tampoco se correspondía con la tradición de los Estados Unidos, expresada en la Primera Enmienda atrás citada y se refería mas bien a una expresión simbólica de la identidad nacional *(kokutai)* y eso es lo que hoy, tras la desdivinización del *Tenno,* sus residuos siguen expresando. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la oficialización del shintoísmo como formulación de la identidad nipona, a fines del siglo XIX y la consiguiente marginación del budismo por obra de la restauración Meiji, coincide con el auge nacionalista que presidió dicha empresa.

En cuanto a la India, los constituyentes optaron por el laicismo de corte occidental y así fue entendido como uno de los pilares estructurales de la Constitución de 1950 (13). Sin embargo, la declaración constitucional del laicismo se ha interpretado en dos sentidos diferentes. Por un lado, fieles a la idea que del laicismo tenía Nehru, interpretes muy autorizados del texto consideran que «cuando se dice que la India es un Estado laico no significa que rechacemos la idea de un espíritu invisible o la importancia de la religión para la vida ni que exaltemos la falta de la religión o que la laicidad se convierta en una religión positiva, sino que no debe darse una situación preferente a reli-

gión alguna… y ese criterio de imparcialidad en materia de religión o de comprensión y abstención tiene que desempeñar una función profética en la vida nacional» (14). Que el Estado no tenga religión, no supone su indiferencia religiosa, sino la estima por igual de todas las religiones. La libertad religiosa y el aprecio de sus diversas instituciones eran consecuencias de ello (15).

Sin embargo, tal visión del laicismo, no solo tropezó desde el principio con reticencias prácticas, sino con una importante y docta corriente de opinión que propugna la función identitaria del hinduismo como instrumento de construcción nacional (16) y su primer resultado fue la reforma del citado texto de la Constitución en 1976 mediante la Enmienda n.º 42, para eliminar el adjetivo «laico» que caracterizaba al Estado en el artículo 1 y pasarlo al Preámbulo, cuyo valor normativo, enfatizado por la doctrina del Tribunal Constitucional, no está, sin embargo, claro al margen del texto articulado.

El segundo tipo es el de la religión de Estado seguido con relación al budismo en Camboya (art. 43), y prácticamente en Thailandia cuyo Rey ha de ser budista y «protector de todas las religiones» (sec. 9).

Un tercer tipo, es el representado por Filipinas cuya Constitución de 1947 repite en su art. II, 6 y III, 5 la formula estadounidense de la *non establishment clause,* pero en su preámbulo invoca la protección divina

Un cuarto tipo es el de Bután. Este pequeño reino es una creación de los monjes budistas procedentes del vecino Tíbet; pero que, muy temprano, hacia 1616, estableció una distinción conceptual entre gobierno y religión que, actualizada, ha llegado al presente (17). En él, la Monarquía, aun sacralizada, ha desempeñado una función secularizadora y algún antropólogo ha señalado el paralelismo entre la experiencia de Bután y la no menos sacral y a la vez secularizadora Monarquía davídica. Primero, sustituyendo la teocracia inicial; después limitando la intervención monacal en el gobierno, al reformar el poderoso Consejo de los Monjes; últimamente, constitucionalizando el Estado sobre la base de la soberanía nacional, los derechos fundamentales y la división de poderes y todo ello manteniendo las formas de una legitimación religioso-tradicional de la que da abundante testimonio la literalidad del preámbulo de la vigente Constitución de 2008. En él y en otros textos normativos claramente innovadores, se utiliza un lenguaje arcaico y unas fórmulas arcaizantes que sirven para hacer más aceptable una innovación que no rompe la identidad.

El budismo no es la religión oficial de Bután sino su «herencia espiritual» que promueve «los valores de paz, no violencia, compasión y tolerancia» (art. 3, 1). El Monarca (Druck Gyalpo), él mismo budista, debe ser «el protector de todas las religiones de Bután» (art 3,2). Las instituciones y personalidades religiosas,

especificadas en la constitución (art. 3, 3.ª 6) que se renuevan por cooptación y son financiadas por el Estado (art. 3, 7) deben quedar al margen y por encima de la política y promocionar la herencia budista.

Esta función identitaria que la religión ha cumplido y cumple en el sudeste asiático como muestran los ejemplos citados, no es estática ni siempre pacífica. La pluralidad de creencias, cultos e identidades no ha cesado ni cesa de provocar conflictos y reequilibrios que cabe ilustrar con los casos paradigmáticos de Nepal y Ceilán (Sri Lanka).

El Nepal (18) fue, desde su nacimiento a mediados del siglo XVIII, un Estado hindú y su identificación como tal se intensificó bajo el gobierno Rana (1846-1951) y su Constitución de 1948. La restauración de los poderes del Rey Shah en 1951 y su radicalización desde 1962, tras la breve experiencia constitucional de 1959, vinculó unidad lingüística, monarquía e hinduismo como factores de identificación, situación mantenida en la Constitución de 1990, pero que no resistió la presión del potencial revolucionario de las minorías que llevó a la proclamación de la república en el 2008, junto con la organización federal del Estado, el reconocimiento del poliidentitarismo, plurietnicismo y plurilingüismo de Nepal y la libertad religiosa establecida en la última Constitución del 2015. La radicalización de los factores de identificación condujo, así, a la disolución de la identidad buscada.

Ceilán (19) ofrece la experiencia inversa. La identidades sinalesa (mayoritaria) y Tamil (minoritaria), revestidas respectivamente de budismo e hinduismo, convivieron pacíficamente durante el régimen colonial y la Constitución Soulbery (20) que presidió los primeros años de independencia (1948-1956). Pero el conflicto llevó a una sangrienta guerra civil y las dos constituciones republicanas de 1972 (Preámbulo y art. 6) y 1978 (art. 9) han consagrado una preeminencia del budismo como factor identitario del Ceilán, al hilo de la supremacía lingüística del singalés. Es la fórmula anunciada por la Constitución birmana de 1947 que tras establecer la libertad religiosa (art. 20), reconoce la posición especial del budismo como fe profesada por la mayoría de los ciudadanos.

En el Caribe y en el Índico existen numerosos Estados, medios y micro, cuyas constituciones ofrecen un importante muestrario de expresiones religiosas. Algunas constituciones revelan la impronta protestante de las potencias administradoras hasta la independencia. Las fórmulas utilizadas responden a dos o tres modelos que son repetidos a lo largo de toda la zona, mostrando la identidad del redactor de muchas de ellas. La mayoría reconocen, con fórmula filobritánica inaugurada en Canadá, la dependencia de Dios (21). Otras se constituyen «bajo la mano de Dios que nos guía» (Papúa), confían en «la divina providencia de Dios Todopoderoso» (Palau) y reconocen «a Dios como el

Señor Todopoderoso y Eterno y el dador de todos los bienes» (Nauru). Fórmulas semejantes cuando no idénticas se encuentran en las vigentes constituciones de Tuvalu, Tonga, San Cristóbal y Nieves, Barbados, Dominica, Santa Lucía, Granada, San Martín y Granadinas. La constitución de las Seychelles considera a Dios como integrador de su comunidad y la de las Islas Marshall, origen de su identidad. La de Fidji, a la que después haré referencia, es aún más enfática.

Las constituciones de países musulmanes se proclaman en nombre de Alá «el Clemente el Misericordioso» y algunas, a partir de la pakistaní de 1956 enfatizada en 1972, señalan el carácter vicarial de toda potestad e institución humana, puesto que «a Dios corresponde el dominio directo de todo el universo». Son excepción, por un lado, Indonesia, el Estado con mayor volumen de población musulmana del mundo, cuya Constitución de 1945, reiteradamente enmendada, hace varias invocaciones aconfesionales de Dios (Preámbulo y art. 29), sin identificar nominalmente a un Dios único y omnipotente. Y, por otro, Mali, fiel al laicismo de la República Francesa.

Es la total dependencia respecto de Dios, esencia del Islam, lo que constituye la *Umma*, la comunidad musulmana, a la vez social, política y religiosa y, en consecuencia, también, su signo de identidad, una identidad colectiva que repercute negativamente sobre la libertad individual. Son las constituciones de los Estados musulmanes las más reacias a reconocer la libertad religiosa. Sea ignorándola (v. gr., Arabia Saudí, Irán), sea escondiéndola bajo la libertad de pensamiento o creencia que, claro está, deja fuera la libertad de culto y de enseñanza (v. gr., Argelia), sea sometiéndola a limitaciones (v. gr., Malasia, sec. 11,4). La Constitución tunecina de 1956 fue una precoz excepción y reconoció la libertad religiosa y la nueva Constitución del 2014, menos laicista que su antecesora, ha seguido la misma fórmula y marcado una senda en el constitucionalismo emergente y harto ambiguo de la denominada «primavera árabe».

En Azerbaiyán, Kazajstán, Kirguizistán, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbekistán, mayoritariamente musulmanes y con importantes minorías ortodoxas, que en su día fueron, por ello, pesadilla para la política antirreligiosa de Moscú (22), la herencia soviética ha sido ambivalente. Por una parte, la declarada laicidad del Estado y la no mención constitucional de la divinidad. Por otro lado, el rígido control político de la religión mediante la organización administrativa de sus manifestaciones y actividades como el culto, la predicación, la enseñanza, las asociaciones e instituciones. Solamente se reconocen las confesiones, como tales inscritas en el correspondiente registro (23). Ello supuso la administrativización de la vida religiosa que ha evolucionado en la práctica hacia una cuasi neoconfesionalización del Estado. A ello hay que aña-

dir un tercer legado soviético, la creación *ex novo* de estos países mediante la ingeniería político-constitucional impuesta por la tesis leninista del federalismo étnico, desarrollada por Stalin. Ello supuso la emergencia de seis entidades estatales cuya independencia al disolverse la URSS, coincidió con la eclosión islamista gestada de tiempo atrás. Los seis «tanes» fortalecieron su identidad política con la homogeneidad religiosa, si bien la función identitaria del Islam en un marco estatal está siempre debilitada por el carácter transnacional de la *Umma.* En todo caso, es significativo que a la tolerancia hacia las comunidades cristiano-ortodoxas y cualquier otra religión tradicional, se opone la intolerancia hacia confesiones extranjeras, cristianas o no, desde los requisitos para su registro a la prohibición del proselitismo (v. gr., Uzbekistán, Ley 14 de Junio de 1991).

El caso del Pakistán, tras Indonesia, el país con mayor población musulmana, es ejemplar. Su origen está en la identidad de la comunidad islámica del Indostán que cristalizó en vísperas de la retirada británica, en la teoría de las «dos naciones», musulmana e hindú, que aspiraban independizarse como dos Estados diferentes. El neonacionalismo pakistaní trató de desconfesionalizarse y pese a la importante población hindú que alberga, trató de negar en el interior del nuevo Estado la existencia de las dos naciones. «Todos nosotros, musulmanes y no musulmanes, somos pakistaníes y nada más» declaraba en 1956 el Primer Ministro Suhrawardy (24). Pero la Constitución del mismo año, fruto de su primera Asamblea constituyente, donde abundaron los intentos de islamización, estableció una República, «basada en el principio islámico de la justicia social» (Preámbulo), que sin oficializar el Islam como religión del Estado y reconocer la libertad religiosa (art. 18), abundaba en rasgos religiosos identitarios (Preámbulo, y arts. 24, 25, 32 (2), 197 y 198). La siguiente Constitución de 1972 reiteró este carácter (Principios Rectores del Ordenamiento, 1 Principios de política: 1 (modo de vida islámico), 21 (solidaridad islámica) y garantías institucionales (arts. 199-206) (25).

La identidad religiosa creo el Pakistán, pero no bastó para mantener su unidad, frente a las diferencias de raza y lengua, entre sus dos provincias separadas por miles de kilómetros y, en 1973, lo que era Pakistán Oriental se independizó como Estado de Bangladesh. Su primera constitución, muy influida por la india, declaró la secularidad principio fundamental (art. 8,1), pero la V.ª Enmienda restauró la confesionalidad a través de una nueva redacción del Preámbulo y del art. 2-A, que declarada inconstitucional en sede jurisdiccional fue reafirmada por el Parlamento y mantenida en el actual texto constitucional. Una prueba, entre otras, del progresivo distanciamiento de la jurisprudencia de los jueces y la política popular (26).

En las treinta y dos constituciones hoy vigentes en el África subsahariana cabe distinguir dos estirpes. Una de origen francés y portugués y otra filobritánica. La primera, presente en el África francófona, con excepción de Madagascar, que se extiende al Congo, a Guinea Ecuatorial, Angola, Mozambique, Guinea Bissau y Santo Tomé, guarda silencio sobre Dios y proclama, a veces reiteradamente, la laicidad del Estado, aunque las filolusitanas valorando positivamente las religiones. Paralelamente, Estados que, por recepción del modelo francés, se afirman laicos, dan grandes facilidades a la enseñanza religiosa, so capa de privada (Burkina 27, Burundi 32, Congo 37, Gabón 1, 16.º y 19.º, Guinea 21, Guinea Ecuatorial 23, Mali 18, Liberia 15, b Namibia 20,4 Senegal 17 y 18 Togo 30).

La segunda estirpe menciona a Dios en los preámbulos de Gambia, Nigeria, Sudáfrica y Uganda. En esta segunda estirpe, la libertad religiosa y su proyección en la enseñanza se introducen por recepción de la declaración de derechos nigeriana (sec. 38), a su vez fruto en 1960, de la recepción de la Convención Europea de 1950 y su Segundo Protocolo y de la fórmula pakistaní de 1956. En muchos de ellos la invocación a Dios se prescribe, sin alternativa, en las fórmulas constitucionalizadas de juramento. Zambia se proclama «nación cristiana». Etiopía guarda las huellas de la revolución filomarxista que destruyó el orden monárquico-confesional de su primer constitucionalismo dependiente del japonés de 1898.

Muchas de las sociedades a las que corresponden estas constituciones se encuentran profundamente secularizadas. Tal es el caso de las de Europa Occidental donde, sin embargo, existen numerosas Iglesias de Estado firmemente insertas en la sociedad y apoyadas por la opinión pública; en la Europa central y oriental el proceso de secularización inherente a su inserción en la sociedad liberal y capitalista va de la mano de una revitalización religiosa que alcanza expresión institucional y normativa; y otro tanto ocurre en países islámicos donde el número de creyentes no practicantes crece en proporción directa al de quienes no solo se confiesan creyentes, sino que utilizan signos externos de identificación como tales. Por otra parte, es evidente que no se trata de textos y declaraciones impuestos a las sociedades respectivas, sino adoptados y apoyados democráticamente, en muchos casos, como reacción a situaciones laicistas a todas luces antidemocráticas e incluso a la herencia secularizadora del colonialismo.

¿Cuál es el significado de tales expresiones? Ello depende, en primer lugar, de los diferentes géneros lingüísticos utilizados.

3. LOS GÉNEROS LINGÜÍSTICOS

Las Constituciones utilizan diferentes géneros lingüísticos al abordar los temas religiosos. No es esta la ocasión para profundizar en los diferentes géneros lingüísticos del derecho. Básteme repetir lo que vengo señalando hace años (27). Existe un lenguaje descriptivo, un lenguaje dinámico y un lenguaje catártico. El primero reproduce la realidad, el segundo trata de modificarla, el tercero expresa el ánimo de quien habla, ajeno a cualquier descripción o conducta de tercero. El lenguaje dinámico que es el más propio del derecho, puede ser normativo (ordenando, prohibiendo u organizando), axiológico (al proponer ciertos valores y exhortar su puesta en práctica, como es el caso de la hoy denominada *soft law),* y emotivo, que no ordena ni exhorta, sino que conmueve.

Es claro que no todas las expresiones jurídicas de contenido religioso tienen un alcance equivalente. No es lo mismo invocar a Dios, como hace la Ley Fundamental alemana, que organizar una Iglesia como hace la Constitución noruega; propugnar unos valores, como la constitución samoana, que establecer una religión oficial del Estado, como hace la camboyana.

Lo primero –la mención de la divinidad– utiliza formas vocativas, de finalidad catártica o dinámico-emotivas que no afectan al objeto invocado, pero sí expresan la actitud del constituyente invocante, cuando no suplicante, y lo identifican. Poco, cuando simplemente se alude a Dios. Más, si la referencia es a una determinada divinidad, como es el caso de la mención de «Alá, el Clemente, el Misericordioso» en las Constituciones islámicas o de las invocaciones a la Santísima Trinidad de las constituciones griega e irlandesa.

Es importante señalar que las menciones de la divinidad son siempre monoteístas y las restantes referencias religiosas son a ritos, instituciones o normas de conducta.

Lo último –la institucionalización, directa o por remisión a la ley, de una confesión–, no afirma una hipótesis de fe, sino que establece unas normas de conducta u organiza una realidad institucional al declarar una confesión del Estado (v. gr., Dinamarca, art. 4) o proscribirla (v. gr., España, art. 16); es decir un lenguaje prescriptivo. Se trata de un lenguaje axiológico si promueve unos valores, v. gr., la sumisión a Dios « a quien han de referirse los actos de los hombres y de los Estados» (Irlanda) o los principios del cristianismo (Kiribati).

En las constituciones islámicas, la referencia a la *sharia,* como principal fuente de derecho, pese a la rotundidad normativa de las fórmulas utilizadas, se corresponde más al género axiológico exhortativo, porque su aplicación práctica suele exigir una mediación normativa o jurisprudencial y su alcance

varía según la materia. Mucho más limitada en temas económicos que en lo referente a la libertad religiosa (28).

Esclarecer por qué se utilizan tales géneros exige explicitar el significado de la Constitución.

4. LA CONSTITUCIÓN COMO INTEGRACIÓN: EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA IDENTIDAD

Las vías que se han seguido para definir la constitución política son fundamentalmente tres: normativismo, decisionismo e integracionismo (29).

De acuerdo con la primera, protagonizada por Hans Kelsen y su escuela, la Constitución es una norma, norma suprema de la que se deriva lógicamente todo el ordenamiento jurídico y que como, a juicio de la teoría pura, es propio de todo derecho, predica un «deber ser».

De acuerdo con la segunda, cuyo principal formulador y defensor fue Carl Schmitt, la Constitución es una decisión sobre la forma de la existencia política de la comunidad. Y si plasma en una o varias normas, no es por deducción lógica, sino por la fuerza de esta decisión. Decisionismo y normativismo, en la historia de las ideas jurídicas acérrimos rivales, son en realidad, faz y envés de la misma posición. La decisión produce la norma, la norma existe en virtud de una decisión, porque como dice el mismo Kelsen, tras la hipotética norma suprema existe la, a su juicio, metajurídica realidad del poder. La decisión opta por un «deber ser»; la norma lo proclama e impone. La constitución es así un instrumento de innovación. Un programa de acción política.

Pero la Constitución puede también entenderse, no como un «deber ser», sino como un «ser». Esto es, como instrumento de conservación. Tal fue el sentido de lo que Fioravanti (30), en su magistral síntesis histórica del constitucionalismo, denomina «constitucionalismo primigenio», «constitucionalismo liberal» y, en gran medida, al constitucionalizar los móviles y procedimientos de cambio, del «constitucionalismo democrático».

La constitución no es solo norma ni solo decisión, sino un orden concreto que condiciona las decisiones y da sentido a las normas. Un orden concreto fruto de la concurrencia de valores, de normas y de prácticas, de relaciones y afecciones. Un orden concreto en el que participan una pluralidad de sujetos. Lo que Lasalle denominó, en su famosa conferencia berlinesa de 1862, «fragmentos de constitución» (31), en cuyo equilibrio dinámico consiste la integración que Rudolf Smend (32) consideraba esencia de la Constitución y que ha de ser capaz de unir la pluralidad sin destruirla. En ello consiste la «constitucionalización» de

la cosa pública frente a su «totalización», como vías alternativas de acceso a la integración política a la altura que nuestro tiempo exige (33).

Es claro que el orden concreto, para integrar una pluralidad de partícipes, necesita identificarse. De ahí que la doctrina constitucionalista más reciente y autorizada ha destacado el valor de la identidad, hasta el punto de hacerlo condición del gobierno democrático y de la vigencia del ordenamiento jurídico y es en función de la identidad como ha de entenderse la soberanía (34). Desde Herder al moderno liberalismo identitarista –sirva de ejemplo el nombre de Kymlicka (35)– la identidad del individuo, condicionante de sus derechos más fundamentales, se da en un horizonte de intersubjetividad. Hegel lo expreso rotundamente en la *Fenomenología del Espíritu,* «el yo que es nosotros y el nosotros que es yo». Por ello, la identidad de ese orden concreto, que para identificar de verdad ha de ser singularizadora, es algo que la Constitución debe expresar.

Ahora bien, la identidad constitucional puede concebirse de dos maneras que cabe vincular a dos categorías reiteradamente popularizadas por Habermas en su profusa obra y que expresan dos diferentes y opuestas concepciones de la cosa pública: el *demos* y el *ethnos*.

De acuerdo con la primera, el *demos,* la identidad constitucional, consiste en una serie de valores éticos y de las instituciones de democracia procedimental que se corresponden con ellos. La conquista civilizadora en general de una conducta conforme al derecho y procedimientos eficientes para la producción y control de la voluntad del poder público (36). Se trata de las instituciones del Estado de derecho democrático y de los derechos y libertades fundamentales, tal como se acuñaron en 1789 y han sido desarrollados en los más importantes textos constitucionales e internacionales. Son las «prácticas constitucionales comunes a los Estados europeos» a que se refieren los textos del derecho comunitario que, precisamente por ser comunes y cada vez más compartidas a lo largo de todo el Planeta, al menos en el nivel de la retórica propio de las constituciones que Löwenstein califica de «nominales», pierden su capacidad identificatoria.

Es significativo que muchas de las nuevas constituciones, especialmente las del África subsahariana, invocan como fundamento en los respectivos Preámbulos la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es claro que dada la situación económica, política y social de tales países, se trata de declaraciones más nominales que normativas, pero que, además, por la pretendida universalidad de su alcance –derechos de todos en todo lugar– y ser comunes a muchos de ellos, carecen de capacidad identificadora. Un caso más cercano y no menos elocuente se encuentra en el Reino Unido donde la identidad común a la diversidad racial, cultural y religiosa, esto es étnica, en el sentido que

Habermas da al término, se busca en el mutuo respeto, la tolerancia recíproca, la igualdad y la participación, esto es en valores procedimentales insuficientes para identificar un orden concreto. Es lo que se ha denominado «paradoja del universalismo» (37).

Se trata de un orden puramente normativo, un «deber ser», determinado por valores universales o, al menos, con aspiración de universalidad, que, por ello, no es un orden concreto integrador e identificador, es decir un «ser».

De acuerdo con la segunda, la identidad se refiere a la realidad prepolítica de un cuerpo social determinado, de su historia, su composición y estructura, sus sentimientos y sus símbolos. Es decir un «ser». Esta realidad prepolítica, el *ethnos,* que no depende de una decisión constituyente ideal, como el *demos,* sino que hace posible tal decisión, es lo que la Constitución, como orden verdaderamente concreto, tiene que reflejar y que da sentido a sus declaraciones dogmáticas y estabilidad a las instituciones reguladas en su parte orgánica.

Las constituciones de primera generación al enunciar valores, después universalizados, pero en su día novedosos y singulares, se identificaron con ellos y por ellos y los respectivos Estados los han conservado como señas de identidad en sucesivas constituciones. Así los Estados Unidos con su Constitución y Francia con los derechos proclamados en 1789, reiterados en 1946 y 1958. Otras posteriores como la alemana de Weimar se autoidentificaron mediante la actualización de un poder constituyente democrático. «El Pueblo Alemán, unido en sus estirpes, y con la voluntad de renovar y consolidar su Reich…», inicia el texto de 1919 y análogamente, la Ley Fundamental de 1948 se identifica como obra del «pueblo alemán en los Países de...».

Para Francia los derechos del hombre tanto directamente como encarnados en las leyes de la República forman parte de su identidad constitucional y así se han considerado por el Consejo de Estado y por el Consejo Constitucional. «El pueblo alemán» que encabezaba la Constitución de Weimar y la vigente Ley Fundamental, ha sido reiteradamente invocado por el Tribunal Constitucional de la República Federal. Ambos son muy concretos órdenes que una y otra jurisdicción francesa y alemana han esgrimido para defender la inderogabilidad de su respectivo Estado y la infungibilidad del correspondiente ordenamiento jurídico frente a los excesos de la supranacionalidad (38).

Los textos de última generación aparecidos en la Europa central y oriental a raíz de la disolución de bloque soviético y de Yugoslavia, sin perjuicio de reflejar valores universales, sin duda eficaces, pero no identificadores, optan claramente por esta segunda concepción de la identidad constitucional que puede orientarse en dos direcciones diferentes aunque compatibles: la transdescendencia histórica y las transascendencia religiosa (39). Tal es el tenor de

los Preámbulos, cuya creciente valoración normativa y axiológica es constante en el reciente constitucionalismo, y de artículos fundamentales de numerosas constituciones. La jurisprudencia constitucional de Tribunales tan diferentes y significativos como los de la República Federal Alemana, la Unión India y España han insistido en ello (40).

En el primer caso, la Constitución identifica a la comunidad política, la nación, rememorando su pasado, sea de gloria, de opresión o de liberación, es decir, con un ayer más o menos mitificado que da sentido al presente y permite orientar el futuro. Tal es el caso paradigmático de la Constitución croata de 1990 que se autofundamenta en «los principados croatas del siglo VII, en el Estado fundado en el siglo IX, en el Reino creado en el siglo X, en su continuidad en la unión personal croato-húngara, en la decisión de la Dieta de 1527 de elegir Rey en la dinastía de los Habsburgo, en la Pragmática Sanción de 1712, en la renovación en 1848 sobre la base del derecho histórico del Reino unitrino, en los acuerdos croato-húngaros de 1868, en la decisión de la Dieta de 1919, en la constitución del Banato de 1939, en la resistencia antifascista durante la II.ª G.M., en el rechazo del sistema comunista…». En análogo sentido pueden citarse las referencias del Preámbulo de la Constitución polaca de 1991 a «los antepasados por su combate en pro de la independencia alcanzada a cambio de grandes sacrificios… y recordando los mejores valores de la Primera y Segunda Repúblicas», o las del Preámbulo de la constitución checa a «las mejores tradiciones de la Corona de Bohemia y del Estado checoeslovaco». Menciones análogas más o menos elaboradas se encuentran en otras muchas constituciones, ya se trate de reafirmar una identidad plural como la del «pueblo plurinacional» de Rusia en el texto de 1993, ya de restaurar una estatalidad antaño perdida, por ejemplo Armenia, ya se invoque una identidad de antiguo imaginada como en Eslovenia, Ucrania o Moldavia. Una abundante literatura científica de la que es buen epítome la obra de Benedict Anderson, sobre las *Comunidades imaginadas* (41), muestra que menospreciar el relieve político y, en consecuencia constitucional de tales invenciones es un error hermenéutico fatal.

Pero no es infrecuente que dicha identidad histórica vaya de la mano de una identidad religiosa. Tal es el caso de Irlanda cuya Constitución, tras invocar a la «Santísima Trinidad de quien procede toda autoridad y a quien como destino último deben referirse todas las acciones, tanto de los hombres como de los Estados», afirma: «Nosotros el Pueblo de Irlanda, en reconocimiento humilde de todas nuestras obligaciones con N. S. Jesucristo, quien mantuvo a nuestros padres durante siglos de pruebas» y continúa «en recuerdo agradecido de su heroica e incesante lucha por recobrar la legítima independencia de nuestra nación». El valor identitario de esta declaración se pone en evidencia

cuando se mantiene idéntico a la vez que, a iniciativa del nacionalista De Valera, se reformó la redacción inicial del artículo 44,1 para eliminar la posición preponderante de la Iglesia Católica. Y la jurisprudencia, la legislación y la práctica administrativa han ido eliminando las disposiciones constitucionales influidas por la moral confesional católica de manera que lo identitario prima sobre cualquier otra interpretación.

En el mismo sentido, el Preámbulo de la Constitución de Polonia, enraíza la cultura «en la herencia cristiana de la nación» y la eslovaca, junto con «la herencia de la Gran Moravia» en el «legado espiritual de los Santos Cirilo y Metodio».

La vigente Constitución húngara del 2013, que tanto escándalo ha causado más allá de sus fronteras, enfatiza la religión cristiana como factor material de identificación histórica de la nación: «Nos enorgullecemos de que nuestro Rey San Esteban fundó el Estado húngaro… e hizo de nuestro país parte de la Europa cristiana… reconocemos la función del cristianismo en la preservación de nuestra nacionalidad y valoramos las diversas tradiciones religiosas de nuestro país… honramos los éxitos de nuestra Constitución histórica y la Santa Corona que encarna la continuidad histórica de la estatalidad de Hungría y la unidad de la nación», dice el Preámbulo y la Constitución termina reconociendo la responsabilidad de los constituyentes ante Dios.

Un paso significativo, incluso mayor que el de las Constituciones que establecen una confesionalidad de Estado como las escandinavas, dan aquellas que, declarando la separación entre la Iglesia y el Estado, afirman la capital función identificadora que respecto de la nación tiene la Iglesia nacional. Tal es el caso de Georgia (art. 9) y de Armenia. Así dice esta última: «la República de Armenia reconoce la insubstituible misión histórica de la Santa Iglesia Apostólica de Armenia como Iglesia nacional en la vida espiritual, el desarrollo de la cultura nacional y la permanencia de la identidad nacional del pueblo armenio» (art. 8,2). Las propuestas parlamentarias suecas de 1994 que dieron lugar a la nueva situación de la Iglesia Evangélica de Suecia, regulada en la ley sobre la Iglesia de Suecia de 1998 y que algunos han interpretado como desestablecimiento, insisten en términos paralelos en la función de dicha Iglesia en la sociedad y el Estado sueco. Otro tanto y aún más, puede decirse de la ley noruega del 2017 que regula la posición de le Iglesia luterana de Noruega (42).

En el mismo sentido pueden citarse los textos constitucionales de pequeños Estados del Pacífico. Así dice la Constitución de Kiribati, «reconociendo a Dios como Padre Todopoderoso en quien depositamos nuestra confianza y con fe en los valores duraderos de nuestro patrimonio y tradiciones». La de Fidji comienza «rememorando los sucesos de nuestra historia que ha hecho que

seamos lo que somos… la conversión de los habitantes indígenas del paganismo al cristianismo por el poder del nombre de Cristo, la permanente influencia del cristianismo en estas islas y su contribución, junto con otras confesiones a la vida religiosa de Fidji.». Y la de Samoa «como quiera que el dominio sobre el Universo pertenece Dios Omnipotente y la autoridad que ha de ejercerse por el pueblo de Samoa dentro de los límites establecidos en sus mandamientos es una herencia sagrada… Samoa será un Estado basado en los principios cristianos y en las costumbres y tradiciones de nuestro pueblo…»

Ahora bien, es significativo, y los textos constitucionales traídos a colación así lo prueban, que mientras las referencias históricas pueden darse sin conexión religiosa alguna, las referencias religiosas lo son junto a la expresa mención de una herencia y unos valores culturales que se consideran identificadores de la nación. La identidad religiosa, incluso cuando es determinante, no es suficiente según demuestra el caso pakistaní atrás citado. Es decir, la religión aparece en los Preámbulos y artículos iniciales de los textos constitucionales como uno, el principal, pero no único, factor material de identificación integradora y es en calidad de tal como es estimada por el constituyente. En este sentido es significativo que son las constituciones autóctonas (43), es decir, las que afirman la identidad soberana del Estado, las que hacen tales afirmaciones religiosas. Frente al silencio de la Constitución provisional heredada de los británicos en 1947 (*Pakistan –Provissional Constitution Order in Council–* que adapta la *Government of India Act 1935*), la primera Asamblea Constituyente de 1951 hizo del islamismo del Estado el símbolo de la autoctonía y la primera Constitución pakistaní autóctona de 1956 calificó de «islámica» la República. Frente al texto inicial de 1964, fue la constitución autóctona de 1991 la que hizo de Zambia una «nación cristiana». Análoga experiencia es la de Gambia, Malawi. Y en Fidji, fue la Constitución de 1999, derogatoria de los textos inaugurados en la Conferencia constitucional de 1970 (44), la que introdujo las fórmulas atrás citadas.

Otro tanto ocurre entre los Estados musulmanes. Con escasas excepciones, sus constituciones se inician usualmente con invocaciones a Alá, «el Clemente, el Misericordioso», pero, a continuación se califica al Estado de islámico en pie de igualdad con su condición de miembros de «la nación árabe». Así, por ejemplo, la constitución del Sultanato de Omán de 1996 invoca «la herencia nacional, sus valores y su Sharia islámica y orgullo de su historia» (art. 10). Y la reciente Constitución egipcia de julio del 2014 se inicia con un muy largo Preámbulo –tanto que es difícil de reproducir– en el cual se sintetiza lo que el texto de la propia Constitución denomina «sus distintos afluentes de civilización» (art. 47), como corresponde a la cuna de »las tres religiones

divinas» Desde la revelación mosaica y »la buena acogida a la Virgen María y su Niño», hasta las revoluciones de 1919 al 2014, culminando en «Mahoma, Sello de los Profetas» que abrió «a la luz del Islam nuestros corazones e inteligencias y fuimos calificados como los mejores soldados de la tierra por nuestra lucha en defensa de la religión musulmana y la difusión de la verdad y las ciencias de la religión musulmana en el mundo».

Esta función identificadora de la religión se muestra en el régimen constitucional de minorías gestado a partir de la II.ª G.M. ante el fracaso del régimen internacional de protección de las mismas establecido en los tratados de paz elaborados en la primera postguerra y que ha desarrollado el más reciente constitucionalismo (45). La religión identifica a la minoría, tanto como la lengua o la raza y se protege como característica esencial de la misma y el último constitucionalismo islámico surgido de la malograda primavera árabe también coincide con ello.

Prolongando esta tendencia se llega a la organización comunitarista del Estado, basada en la religión más que en otros criterios vinculados como accesorios a la mima. Tal fue, en la práctica paraconstitucional, el caso libanés a partir de su peculiar proceso de modernización que sectorializó al pueblo sobre bases confesionales en substitución de las identidades tradicionales (46) y después, en el texto constitucional de Chipre de 1960, en el que la identidad comunitaria se basa en la religión, pero es la identidad la que llega a determinar la adscripción confesional (at 2).

5. LIBERTAD RELIGIOSA Y ASIMETRÍA CONSTITUCIONAL

Es lógico que una función identificadora como la descrita suponga un tratamiento especial para la confesión que la desempeña. Así ocurre, al margen de previsión constitucional alguna, allí donde hay una confesión dominante o incluso, una tradición religiosa dominante ya secularizada y que tiene su reflejo en la correspondiente normativa de rango legal o, incluso, inferior. Por ejemplo en Irlanda o Rumanía, por citar dos casos, católico uno y ortodoxo el otro. O, como ocurre en algunos *Länder* alemanes que, mediante una prohibición selectiva, excluyen del espacio público los símbolos religiosos no cristianos y aceptan los que expresan la base cristiana de la propia sociedad, esto es, su identidad (47). Pero abundan los supuestos en que dicho tratamiento especial alcanza relieve constitucional de acuerdo con uno de estos modelos.

Primero, la previsión de la vía pacticia entre el Estado y las confesiones religiosas que tiene, a su vez dos niveles. El concordatario, que con fórmulas

diferentes prevén las Constituciones italiana, española, polaca y, de hecho, lituana, reconociendo expresamente su naturaleza jurídico internacional. Y el de los acuerdos de naturaleza interna con las diferentes confesiones, incluso con la que se considera nacionalmente identificadora, como es usual en los Estados de Europa oriental y confesión ortodoxa dominante, reconozcan constitucionalmente la Iglesia nacional o no (48).

Segundo, la referencia constitucional a una confesión religiosa como dominante (Grecia) o tradicional (Bulgaria) o destacando su implantación social (España).

Tercero, destacando el carácter «nacional» de una confesión, aun manteniendo el principio de separación con el Estado. Tal es el caso de las mencionadas constituciones de Armenia y Georgia.

Cuarto, la constitucionalización de Iglesias de Estado, en el Reino Unido y los países escandinavos.

La transcendencia de esta tipología en el tratamiento de las distintas confesiones solo pude aclararse a la luz de los diferentes bloques normativos internos. He examinado la legislación eslovaca del 1991, la búlgara de 1996, la rusa de 1997, la sueca de 1998, la checa y la rumana de 2002 por ser casos especialmente significativos para ilustrar este punto y estimo que la posición constitucional de las confesiones tiene un alto valor simbólico a la hora de destacar su función identificadora, pero esta función desborda su reconocimiento en el texto constitucional y emerge en normas de rango inferior y en prácticas, en muchos casos calificables de mutaciones constitucionales, consuetudinarias o convencionales (49). Bélgica y los Países Bajos, prototipos del laicismo, financian los cultos. Una confesión «dominante», como la Iglesia ortodoxa en Grecia es íntegramente financiada por el Estado, mientras que la confesión luterana es la Iglesia nacional de Noruega y se autofinancia plenamente. La Iglesia nacional de Armenia está separada del Estado, pero accede en exclusiva al sistema de enseñanza pública, mientras que en el Reino Unido, donde «Iglesia de Inglaterra» es el prototipo de la Iglesia de Estado, «todas las confesiones están presente en la escuela».

Eso muestra, de una parte, que la confesionalidad del Estado es plenamente compatible con la libertad religiosa y, de otro lado, que el peso de la identidad social –el ethnos– va más allá de la declaración constitucional y se manifiesta en los más diversos campos, desde las relaciones laborales, a la policía del espacio público, sin olvidar las inevitables y permanentes tensiones entre la libertad religiosa de individuos y grupos y las libertades de terceros. Pasaré breve revista estos tres extremos y a su incidencia en la cuestión de la identidad.

Las relaciones laborales son un sector profusamente regulado y lo que a partir de 1917 se denominó constitucionalismo social da abundante fundamento para ello. Hoy la doctrina señala que dicha regulación ha evolucionado desde la protección al trabajador a la protección a la empresa de cuyo equilibrio pende la calidad y estabilidad del puesto de trabajo. Pero cabe también señalar una creciente atención a la identidad religiosa tanto de la empresa como del trabajador. Así, en los países socialmente más avanzados, temas tan sensibles como el atuendo de los trabajadores o las fiestas laborales, se remiten a la autonomía de la voluntad, a su vez condicionada por factor tan objetivo como el «carácter propio» de la empresa o la confesión del trabajador. Pero, lo que es mas significativo, la costumbre local tiene carácter supletorio en caso de silencio de las partes. En algún país, por ejemplo Alemania, se constitucionaliza la festividad dominical (50).

La libertad religiosa es un derecho fundamental proclamado prácticamente en todas las Constituciones que se proyecta en los más diversos campos. Como tal derecho, es tan inderogable, al menos en su contenido esencial como coordinable con otros derechos fundamentales y valores constitucionales y, en consecuencia, relativizable y limitable. Así, por ejemplo, la práctica jurisprudencial ha puesto de manifiesto los potenciales conflictos y tensiones entre la libertad religiosa y la libertad de expresión (51) y, en análogo sentido, determinados valores constitucionales como puede ser la laicidad «en una sociedad democrática» –caso de Francia y Turquía– y los «sagrados principios del Islam» en un sociedad musulmana –desde una tan liberal como Malasia a la autocracia iraní, pasando por las islas Maldivas– han llevado a limitar dimensiones tenidas por esenciales de la libertad religiosa como es la de cultos o la de proselitismo. Así, en el sudeste asiático, mosaico de religiones, es frecuente la prohibición jurisprudencial de las conversiones tachadas de «deshonestas», esto es las que surgen al hilo de gozar de ciertas atenciones sanitarias y educacionales proporcionadas por la confesión proselitista y que suele ser una confesión extranjera que se estima erosiona la identidad comunitaria (52).

En su formulación clásica, la libertad religiosa tiene dos dimensiones, una positiva y otra negativa. La libertad religiosa positiva supone el derecho al ejercicio individual y colectivo, público y privado de una religión y a cambiar de religión y a no tener ninguna. La libertad negativa supone el derecho a no ser obligado a tener una religión y a no practicar su culto. Ahora bien, es frecuente interpretar esta libertad negativa como el derecho a no ser importunado por el público ejercicio de una religión distinta de la propia creencia o increencia y ello supone la neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa, de manera que no manifiesten preferencia por ninguna confesión y,

más aún, la neutralización del espacio público eliminando del mismo toda actividad religiosa.

Esta interpretación de la libertad religiosa incide en dos importantes aspectos de la función identitaria de la religión. Por un lado la pretendida simetría confesional en una sociedad multirreligiosa; por otro la presencia religiosa en el espacio público.

En cuanto a lo primero, una importante corriente doctrinal entiende que el tratamiento diferencial de las confesiones afecta al ingrediente igualitario de la libertad porque, en la senda de Rousseau, se estima que la desigualdad oprime. La lógica consecuencia de tal planteamiento, y así se ha propugnado por sus defensores, es la exigencia de una absoluta neutralidad estatal ante el hecho religioso que, en la práctica, conduce al desconocimiento del mismo y a su eliminación de los servicios y espacios públicos.

Sin embargo la práctica es otra. Los poderes públicos que no interfieren en la libertad religiosa individual, establecen criterios para determinar lo que es una confesión religiosa y valoran su arraigo histórico y social o, alternativamente exigen un trámite registral, nominalmente declarativo pero de efectos prácticos constitutivos y, en función de todo ello, prevén un tratamiento diferente de lo que es diferente. La jurisprudencia, tanto internacional como comparada, ha avalado tal planteamiento. Ya cerrada la última versión de este ensayo conocí la importante colección de trabajos recopilados por Martínez Torrón y Cañamares Arribas *Libertad, religión, neutralidad del Estado y educación. Una perspectiva europea y latinoamericana.* Pamplona, Aranzadi 2019.

Así en los países ortodoxos, formalmente laicos, la primacía de la otrora Iglesia nacional se reconoce expresamente por ley, aunque no se mencione en la constitución (v. gr., Rumanía y Serbia) y las »confesiones tradicionales» (católica, evangélica, evangélica eslovaca, reformada, musulmana y hebrea), gozan en Hungría y Serbia de un trato diferente del dispensado a las demás. Por ejemplo no requieren registrase. Lituania y Bielorrusia también distinguen entre confesiones tradicionales o arraigadas y otras.

En cuanto a la presencia religiosa en el espacio público físico, esto es en plazas, calles y romerías, ha dado lugar a viejas polémicas. Baste pensar en la autorización de templos protestantes en 1781 por la *Toleranzpatent* de José II, siempre que no tuvieran campanario y la entrada fuera lateral. El referéndum suizo del 2009 que limitó la construcción de minaretes cuya proliferación amenazaba la identidad del paisaje helvético «bien entrañable de su comunidad nacional», muestra la permanencia de la cuestión.

El problema se agudizó en Francia tras la ley de separación de la Iglesia y el Estado de 1905 y su evolución legal, jurisprudencial y doctrinal ha hecho de

la laicidad francesa, formalmente constitucionalizada desde 1946, un paradigma de su alcance identitario. Conocidos son los antecedentes de la mencionada ley de 1905, especialmente la secularización de la escuela por la legislación Ferry de 1885, así como su carácter virtualmente pactista, como demuestra la evolución marcada por las leyes de 1907 y 1908 y los acuerdos Poincaré-Briand-Ceretti de 1924, hasta llegar a la ley Debré de 1959. Pero aquí interesa destacar la función moderadora desempeñada por la doctrina del Consejo de Estado (53) al dar una interpretación liberal de la normativa laicista en atención al carácter identitario de los elementos religiosos en el espacio público. Tal interpretación, ya apuntada en cuanto a las procesiones y tañido de campanas en el asunto *Morel et autres* de 1908, se formalizó en el asunto *abbé Olivier* de 9 de Febrero de 1909, base de ulterior jurisprudencia relativa a los cortejos fúnebres, cuyos elementos religiosos se habían excluido del espacio público. En este caso, el Alto Tribunal dijo que «en materia de pompas fúnebres la intención manifiesta del legislador no era otra que garantizar en lo posible el respeto de las costumbres y tradiciones locales evitando todo menoscabo de las mismas salvo cuando sea manifiestamente necesario para mantener el orden público». El respeto a «las costumbres ancestrales», categoría claramente identitaria, llevo a la anulación de numerosos reglamentos municipales de tinte laicista *(Sens,* 1906 y *Prothée,* 1934).

Si la laicidad se cifra en la neutralidad, pero no en el desconocimiento del hecho religioso, esto es en el pluralismo religioso propio de una sociedad moderna, es preciso reconocer y tutelar la libertad religiosa y eso requiere aceptar su expresión pública, sin otro límite que el orden público.

Especial interés y actualidad tiene la utilización en dicho espacio de indumentaria religiosa. La cuestión fue caballo de batalla en la reforma kemalista de Turquía, que pretendía construir una nación laica y el *revival* islámico de los años setenta provocó una normativa prohibitiva de atuendos de significado religioso impugnada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como contrarios a la libertad religiosa proclamada en el art. 9 de la Convención.

La cuestión era manifiestamente identitaria, pero ni en el propio recurso ni menos en la Sentencia del Tribunal se planteó en tales términos. Por el contrario, en el recurso S 1/A/o14, que impugnaba la ley francesa que prohibía de los atuendos religiosos en el espacio público, el único motivo que el Tribunal estimó en las alegaciones del Gobierno francés fue que los atuendos religiosos erosionaban la «comunidad de vida», noción claramente referente a una determinada identidad nacional. Así lo demuestra la paralela polémica surgida en el Reino Unido en torno al velo integral de las mujeres islámicas en relación con la identidad británica (*Britishness*) (54).

Así, lo que puede aparecer como un conflicto entre libertad e identidad, es en realidad un conflicto entre identidades. El docto libro de Areces Piñol sobre *La Prohibición del Burka en Europa y en España* (55), donde se muestra la superposición de un significado religioso con otro de cohesión social, interpretación avalada por posteriores normas de Estados europeos, Austria el más reciente de ellos, obliga a dar esta interpretación.

Otro tanto cabe decir de los monumentos religiosos en el espacio público. Es evidente que en la erección y demolición cuando no profanación de numerosas estatuas y monumentos religiosos ha predominado el carácter político-religioso sobre cualquier referencia identitaria. Sirvan de ejemplo ente otros muchos, los avatares del Cerro de los Ángeles en España en uno y otro sentido, ya fuera la consagración de la imagen en 1929, como su profanación en 1936. Pero en otros muchos casos la referencia identitaria es clara y prima sobre la religiosa y ejemplo de ello es la *damnatio memoriae* del dominio habsbúrgico mediante la destrucción de la columna mariana erigida en la Plaza principal de Praga y sustituida en 1920 por la estatua de Juan Huss, convertido en héroe nacional checo (56). Que fuera durante la laica y laicista III.ª República cuando más estatuas a Juana de Arco se elevaran en Francia, tras su canonización en 1920 con honores públicos, muestra como, en otros casos, lo identitario llega a eclipsar lo religioso.

Recientemente la polémica se ha reavivado en Europa en cuanto a la presencia de símbolos religiosos, especialmente, crucifijos, dentro de espacios físicos adscritos a funciones públicas, como escuelas, hospitales y locales administrativos y judiciales. A la radicalización de la libertad religiosa negativa atrás señalada debe añadirse el derecho de los padres y tutores a educar a sus hijos y pupilos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas cuando esas repelen a los símbolos cristianos y el hipotético impacto negativo de la torturada imagen del Crucificado en la sensibilidad infantil, al parecer, no curada de espanto por los sangrientos videojuegos al uso.

La cuestión adquirió nueva actualidad y polemicidad a raíz del caso Lautsi vs. Italia (57) en el cual, en 2009 la primera instancia del TEDH, frente a la reiterada jurisprudencia nacional italiana, resolvió en pro de la reemoción de los crucifijos de las escuelas públicas, tanto para afirmar la neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa, como para no ofender la libertad negativa de los alumnos no creyentes. L*a Grande Chambre* del mismo Tribunal Europeo resolvió en sentido contrario la cuestión en el 2011 señalando la polisemia de la Cruz que, a la altura de nuestro tiempo tiene un significado no solo religioso para los cristianos, sino cultural e identitario. La primera sentencia provocó en Italia una durísima polémica social, mayoritaria pero no uná-

nime, contra la retirada del crucifijo que llevo provocar reacciones antieuropeístas y propuestas de revisión del Concordato.

En el resto de Europa, a la vez que hubo un movimiento de solidaridad contra la eliminación de la cruz y diez Estados, la mayor parte de ellos cristiano-orientales, Rusia entre ellos, comparecieron ante el Tribunal Europeo como *amicii curiae* para apoyar la tesis del gobierno italiano recurrente, la jurisprudencia influyó en otros muchos Tribunales desde Grecia a Lituania, y la jurisprudencia inferior española.

La polémica en torno a la presencia de los crucifijos en los espacios públicos se ha extendido por toda Europa y ha descubierto lo que Genoveva Zubrycky (58) denominó la apertura semiótica del símbolo de la Cruz que puede cobijar significados muy diversos. Los estrictamente religiosos para los cristianos, los valores puramente humanísticos que ya Kant señalara en el Crucificado y se estiman inherentes a la civilización occidental y base del Estado democrático de derecho, y la tradición constitutiva de la propia identidad nacional. Los estudios reunidos por Stanisz, Zawislak y Ordon (59), relativos a esta cuestión en la actualidad de Inglaterra, Francia, Alemania, Gracia, Irlanda, Polonia, Italia, Lituania, Rumania, España y Suiza, muestran que la jurisprudencia constitucional y la práctica administrativa han rechazado por doquier la pretendida exclusión de los símbolos religiosos de los espacios públicos destacando su valor identitario de la comunidad nacional respectiva.

La laicidad tiene así una doble acepción: la de la jurisprudencia conceptual de los juristas y la de la práctica administrativa popular. La primera, tanto más manifiesta cuanto más alta y, consecuentemente lejana, es la instancia jurisdiccional, como es el caso de los Tribunales internacionales, pone el acento en la neutralidad ante el pluralismo religioso e, incluso, en el desconocimiento del hecho religioso. La segunda, al margen de toda lucubración y más pegada al terreno, es inconscientemente fiel a la etimología de «laico», del griego «laiós», pueblo. Laico no equivale a irreligioso, sino «popular» y lo que en cada caso ello supone (60).

6 «LAS DOS FUENTES DE LA RELIGIÓN»

De todo lo expuesto resulta, como señalé al comienzo de estas líneas, que las Constituciones tratan lo religioso desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, garantizan la libertad tanto individual como colectiva de los creyentes. Por otro, abordan la función identificadora de una determinada religión como factor de integración material de la comunidad, dada su contribución a la iden-

tidad social de la misma. Mientras la primera perspectiva conduce al reconocimiento y tutela de un derecho, la segunda afecta a la autoconciencia de la comunidad política y a la identificación del Estado. Una y otra se proyectan en el espacio público. La garantía de un derecho en múltiples y muy varias dimensiones, desde la presencia en los servicios públicos a las relaciones laborales. La afirmación de una identidad, además, en la estructura del Estado y su simbología.

La primera de estas perspectivas supone una apertura a lo universal; la segunda, como toda identificación, el acotamiento de una particularidad. Es evidente su correspondencia con las grandes categorías decantadas por Bergson en *Les deux sources de la moral et de la religion* (1932): la religión estática y la religión dinámica y su doble consecuencia que Bergson calificaba respectivamente de mecánica y mística. Los dos valores en juego, la libertad y la identidad, aparecen en la realidad entreverados y, por lo tanto, son compatibles; pero el identitario, el vinculado a la sociedad natural –cerrada– y a la religión natural –estática– es el más relevante, porque sirve de inexcusable matriz de la dinámica de la libertad, como la comunidad lo es del individuo. El mismo Bergson reconoce que toda religión es una religión situada y, como tal, circunscrita y no podía ser de otro modo en un pensador judío proclive al catolicismo. Esto es, transitante desde la conciencia de elección colectiva, a la fe, por excelencia, encarnada. Solamente cuando la función identificadora de la religión es omnicomprensiva, como fue el caso de las versiones preliberales de la confesionalización estatal y hoy lo es de algunas variantes del Islam, el cierre religioso excluye la libertad y atrás hay sobradas muestras de la expresión constitucional de este fenómeno.

Los datos expuestos no demuestran una tendencia hacia la eliminación de la religión de la esfera pública para asegurar la plena asepsia de los poderes públicos y la total igualdad de todas las creencias. Por ello, los partidarios de dicha tendencia, al dar cuenta del derecho positivo de nuestros días, se declaran «no resignados» ante la relevancia alcanzada por el hecho religioso en las normas y en la práctica constitucional (61).

Las razones de dicha relevancia son fundamentalmente tres: Primero, la dimensión colectiva de la libertad religiosa que fuerza al poder público a condicionar lo que se entiende por confesión religiosa y tener en cuenta su entidad cuantitativa –número de fieles– y cualitativa –presencia histórica y cultural– a la hora de reconocer derechos y establecer relaciones, incluso de cooperación, con diferentes confesiones.

Segundo, la valoración positiva del hecho religioso, tanto desde un punto de vista ético como cultural y que lleva a los poderes públicos, sin dejar de

reconocer la libertad de creencias, a acotar la licitud de su manifestación pública «en el respeto a la moral y las buenas costumbres», una expresión clásica que las constituciones de nuevas democracias tienden, dada su experiencia histórica, a dramatizar (v. gr., Rusia, sec. 29,2: «no admite la propaganda que incite al odio o la hostilidad», Moldavia se. 31, 3; «… está prohibido incitar al odio o la enemistad»).

Tercero y, a mi juicio, fundamental, el valor identitario de la confesión religiosa que demuestra la literalidad de los textos traídos a colación.

Mientras las dos primeras razones son generalizables y refuerzan el principio de libertad religiosa que, como todo derecho, no solo debe ser reconocido sino promovido por el Estado Social de nuestros días, la segunda es particularizadora y remite a identidades determinadas donde se refractan, como ocurre en todos los órdenes concretos, los principios generales, incluidos los derechos fundamentales.

Con razón se ha señalado la permanente tensión entre universalismo y particularismo de estas declaraciones, tanto nacionales como internacionales (62) y el caso de la libertad religiosa proclamada en ambos es paradigmático.

Es bien sabido que la Declaración Universal de 1948, al llevarse a la práctica, ha mostrado una tendencia a la particularización en dos ámbitos diferentes y coincidentes. Por un lado, en las propias Naciones Unidas, desde los Pactos de 1965 hasta la Conferencia de Viena de 1993 y, más aun la Conferencia sobre Población celebrada en El Cairo en 1995 que concluyeron supeditando la aplicación de la Declaración Universal al «pleno respecto a los valores éticos y religiosos y las diferentes tradiciones culturales de las naciones». Con sobrada razón la doctrina más inclinada al universalismo ha visto en esta evolución un triunfo del particularismo identitario.

De otro lado, las Declaraciones de Derechos de ámbito regional muestran la misma tendencia. En Europa, desde la Convención de 1950 a la Carta de Niza, incorporada al Tratado de Lisboa; en el americano, desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 al Protocolo de El Salvador de 1988; en el africano con la Carta de 1980, con sus protocolos adicionales y la Carta sobre los derechos de los niños; y en el árabe con la Carta de 1994 (63). A ello debe añadirse el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes que inaugura un frondoso grupo normativo sobre el reconocimiento de los derechos indígenas que tiene un amplio eco constitucional, especialmente en Hispanoamérica. A lo largo de todo este proceso, lo religioso acentúa su valor identitario (64).

Un exponente muy significativo de esta tendencia es el tratamiento de la libertad religiosa en Europa e incluso en la Unión Europea, donde el particu-

larismo religioso frena su tendencia homogeneizadora. En efecto, el paradigmático artículo 18 de la Declaración Universal ya fue matizado en el artículo 9 del Convenio Europeo de 1950 cuyo texto pasó al art. 18 del Pacto de Derechos Civiles de 1966. Dicho art. 9 añadió a la fórmula incondicionada de 1948, un segundo párrafo según el cual «la libertad de manifestar su religión, no puede ser objeto de más restricciones que las previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática… para la protección de los derechos y libertades de los demás». La fórmula se reitera en el art. 10 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Ahora bien, la interpretación jurisprudencial que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, a su rastra, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han hecho de los citados idénticos artículos responde a los siguientes tres rasgos (65):

Primero, una versión liberal de la libertad religiosa que se centra solo en el individuo y únicamente a partir del mismo considera los derechos de las confesiones en cuanto asociaciones voluntarias y nunca coactivas.

Segundo, una interpretación de la igualdad como el tratamiento diferente de lo que es diferente.

Tercero un amplio margen de discrecionalidad del Estado nacional a la hora de adecuar el principio de libertad religiosa.

Un paso más en la misma dirección se da en el derecho primario de la UE. A partir del tratado de Ámsterdam de 1997 –Declaración n.º 11– y ahora en el Tratado de Funcionamiento de la Unión que dispone «La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros a las Iglesias y asociaciones o comunidades religiosas» (art. 17,1).

Esto es, frente la tendencia homogeneizadora del derecho de la Unión y frente a la tendencia universalizadora de los derechos humanos, el factor religioso introduce una excepción en pro de un ámbito de discrecionalidad estatal que se justifica para tutelar lo que se estima inherente a la identidad de su respectiva sociedad, de su propio pueblo. Los antecedentes del citado art. 17 TFUE demuestran esta vinculación entre el margen de discrecionalidad estatal y la salvaguarda de la propia identidad.

7. LA RELIGIÓN COMO FACTOR MATERIAL DE INTEGRACIÓN POLÍTICA

La religión es, sin mengua de sus otras dimensiones, especialmente la sobrenatural, en expresión de Harnack, «la relación del alma con Dios», un

fenómeno social –«Sobre lo social en la religión», titula su cuarto famoso discurso Schleiermacher (66) teólogo de filiación individualista–. Tan social que ha podido explicarse como una proyección de la propia sociedad.

Tal es la visión funcionalista cuya mas señera manifestación fue la obra de Émile Durkhein sobre *Les formes elementaires de la vie religieuse (*1912*),* donde formula la tesis de que la religión, cada religión, es la expresión simbólica de la integración social, de cada sociedad. El fiel, afirma Durkheim, vive la religión como una superación de su debilidad individual, algo, añado yo, que puede afirmarse de la identidad. Y considera que la causa universal de ese sentimiento se encuentra en su inserción social ¿De que sociedad? No de una sociedad «ideal», sino de su propia sociedad «real», pero «idealizada». «Los dioses –afirma Durkheim– no son sino la expresión simbólica de la sociedad»; «los ritos –continúa– son ante todo los medios por los cuales la sociedad se reafirma periódicamente», algo evidente en el significado de las coronaciones regias allí donde se han mantenido (v. gr., en Hungría hasta 1918; en Japón y el Reino Unido hasta la actualidad). «No es que la sociedad cree la religión, sino que la experiencia religiosa le permite tomar conciencia de sí misma». Los textos de la tesis sobradamente conocida podrían reiterarse. En síntesis, la religión, sus dogmas y más aun, sus ritos, serían así la expresión simbólica de la sociedad tenida como propia, la que proporciona identidad social. Esta es la función que Bergson, buen conocedor de la obra de Durkheim, atribuye a la religión que el califica de «natural», la religión estática propia la sociedad cerrada.

La contestación de las tesis de Durkheim ha sido abundante. Pero no es menos cierto que su fecundidad se ha comprobado por otros análisis funcionalistas tanto de las religiones primitivas como por el microestudio de concretas formas religiosas en que la función de integración social es manifiesta. De las formas elementales se ha llegado así a analizar *Las formas complejas de la vida religiosa,* v. gr., Caro Baroja (67).

Ahora bien, igual función de integración o confirmación social de la religión encontramos en el análisis de lo que, con terminología de Dobbelaere, denominamos macronivel. El tratamiento actual de lo religioso en las vigentes constituciones políticas de unos Estados constitutivamente seculares y que, en muchos casos, corresponden a sociedades eminentemente seculares o en trance de acelerada secularización. La identidad a la que la religión ha contribuido y contribuye decisivamente es lo que más interesa, consciente o inconscientemente, al constituyente. Y esta explicación funcionalista remite a una sociología genética que da cuenta de los procesos históricos de confesionalización atrás mencionados. La identidad no se inventa ni su ingrediente religioso pue-

de, ni improvisarse ni amortizarse. En esta materia, como del bosque dice el poeta, «reina el antecedente».

En un texto famoso de *Über Judenfrage,* Marx acierta y se equivoca por mitad al decir: «La religión ha dejado de ser la esencia del Estado, para ser la esencia de la diferencia». Porque lo que constituye al Estado, hoy a un número creciente, lo que los integra, es la diferencia a la que la confesión tenida como propia contribuye en gran medida.

NOTAS

(1) *The Invisible Religion,* Nueva York (Macmillan) 1967.

(2) *Religion in Secular Society, A Sociological Comment,* Londres, (Watts & Co.) 1966.

(3) Esta idea de cuya popularidad da muestra el texto *de Los hermanos Karamazoff*, está avalada por ejemplo en el constitucionalismo histórico rumano (Cf. Iordace «Church and State in Romania» en Ferrari, Durham, Cole (eds.) *Law and religion in Post Communist Europe,* Lovaina-Paris, 2003.

(4) Un útil estudio introductorio y ensayos monográficos sobre los diferentes casos europeos de confesionalización y abundante y seleccionada bibliografía en Haupt y Langewiesche (eds.) *Nación y religión en Europa. Sociedades multiconfesionales en los siglos XIX y XX,* trad, esp. Zaragoza (Inst. Fernando el Católico) 2010.

(5) *The Scientific Study of Religion,* Londres (Macmillan) 1970, p. 251 y ss.

(6) Un ejemplo bien autorizado de tal posición es interpretar «las tradiciones constitucionales comunes» a las que se remite el derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea, no como el balance de los textos vigentes y de su práctica, sino como la hipotética tendencia de todos ellos, por diversos que sean su modelos, hacia un objetivo común, el «Estado laico», dogmáticamente afirmado (Dionisio Llamazares, «Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI» *en Estado y Religión en la Europa del siglo* X*XI, Actas de la XIII Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional,* Madrid (CEPyC), 2008, p. 18 y ss.

(7) *Secularisation. An Analysis at three Levels,* Bruselas (Peter Lang) 2002.

(8) Paris, du Seuil, 1991.

(9) He utilizado como guía el repertorio de Vega Gutiérrez (e*d.) Religión y libertades fundamentales en los países de Naciones Unidas. Textos constitucionales*, Granada (Comares), 2003 completando y actualizando los textos con las versiones que figuran en las paginas web de los diferentes Parlamentos nacionales. (Cf. Blaustein & Flanz (eds.) *Constitutions of the Countries of the World,* Oceana Publications inc., Nueva York (Ahora en www.worldoceanreview.com). Las constituciones se citan por el nombre del Estado, su fecha entre paréntesis y el número del artículo o sección.

(10) Cf. la espléndida y aguda síntesis de Vázquez Alonso, *Laicidad y constitución,* Madrid (CEPyC) 2012, p. 169 y ss.). Más adelante abundaré en el tema. Cf. Rambaud, *Le princip de separation des cults et de l'état en droit civil comparé,* París (LGDJ) 2004 y El estudio clásico de Trotabas *La laicité,* París (PUF) 1960. Es significativo el proidentitario a pesar suyo Tonzil, *Dix mites de droit public,* París (LGDJ) 2018, p. 53 y ss.

(11) Desde Briand, en pleno debate sobre la separa*ción (Quand on a lutté contre… l'Eglise… on finit pour éprouver une sorte d'affeection pur elle et l'on se resout difficilment a s'en séparer)* cit. Conseil *d'Etat Rapport Public 2004. Un siecle de laïcité Etudes & Documents* n.º 55, p. 254, hasta el Presidente Macron, en plena reconciliaci*ón (Ce qui importe c'st la sève et je suis convancu que la sève catholique doit contribuer encore et toujours a faire vivre notre Nation).* Discours du Président de la République devant les Evêques de France 10 de Abril 2018).

(12) Cf. Novac, «Faith and American Founding. Its Religion's Influence» *First Principles,* n.º 7, p. 1 y ss. Cf. Herberg, *Catholics, Protestants and Jews,* Nueva York, 1955 (trad. esp. México, 1964). Sobre los últimos planteamientos, Vd. Witte & Nichols, *La libertad religiosa en Estados Unidos. Historia de un experimento constitucional*, trad. esp. Pamplona (Thomson-Aranzadi) 2018, en especial caps. X, XI y XII.

(13) Cf. Krishnaswany, *Democracy in India. A Study of the Basic Structure Doctrine,* Nueva Delhi (OUP) 2008.

(14) Radhakrishnan, *Recovery of Faith,* Londres, 1956, p. 148. Esta misma es la tesis del gran constitucionalista indio Basu *(Constitutional Law of India, Bombay,* 1998), que, sin embargo ya apoya cierto rasgos del identitarismo hindú v. gr., el respeto a la vaca sobre el art. 48 de la Constitución.

(15) *Vid.* art. 14 a 16, 19 y 21, 25 a 30 Constitución India.

(16) Cf. Madan, «Secularism in its Place» en Shagari (ed.) *Secularism and its Critics,* Nueva Delhi (OUP) 1998. Una vision global de la cuestión en Amartya Sen, *The argumentative Indian Writtings on Indian History, Culture and Identitty,* New York, 2005.

(17) Cf. Whitecross, «Separating Religion and politics? Buddhism and the Buthanese Constitution» en Khilnany, Raghavan, Thiruvengadam (eds.) *Comparative Constitutionalism in South Asia,* Oxford, 2018, p. 116 y ss. y las referencias ally dads.

(18) Cf. Kalagadi, «Constitutional Development in a Himalayan Kingdom. The Experience of Nepal» en Khilnany *et al.* (eds) *Op. cit.* p. 86 y ss.

(19) Cf. Udagama «The Democratic State and Religious Pluralism. Comparative Constitutionalism and Constitutional Experience of Sri Lanka» en Khilnany et alii (eds.) cit., p. 145 y ss., y Jcobsohn y Shankar «Constitutional Borrowingin in South Asia. India Sri Lanka and Secular Identity» *Ibid.* p. 180 y ss.

(20) Cf. Jennings, *The Constitution of Ceylon,* Oxford, 1949, 3.ª ed. 1953, p. 51 y ss.

(21) Tras una larga experiencia provincial, hoy recogida a la cabeza de la *Constitution Act 1982* «Where as Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law».

(22) Cf. Carrère d'Encausse, *L'Empire Éclaté. La Revolte des Nations en URSS,* Paris (Flamarion), 1979, p. 225 y ss. y las referencias allí dadas.

(23) Cf. Newton, *The Constitutional Systems of the Independent Central Asian States. A Contextual Analysis.* Oxford and Portland, 2017, en especial p. 284.

(24) Cit. Emerson, *From Empire to Nations,* Cambridge Mss. 1962, p. 349.

(25) Sobre las visicitudes de esa primera constituyente, cf. Keith Calard, *Pakistan. A Political Study,* Londres, 1957, pp. 85-101. Sobre los proyectos de islamización del nuevo Estado *Ibid.* p. 93 y ss. y cf. Kemal A. Faruki, *Islamic Constitution,* Karachi, 1952. Más reciente Sadaf Aziz, *The Constitution of Pakistan,* Oxford (Hart), 2018, en especial caps. 2 y 8.

(26) Cf. Hoque, «Constitutionalism and Judiciary in South Asia» en Kihlnany, *op. cit.* p. 303. Al cerrar la redacción no he podido consultar directamente la sentencia en cuestión.

(27) A partir de los trabajos de Hare *(The lenguage of Morals,*1952), Hierro *(Problemas del análisis del lenguaje moral,* 1970), Capella *(El derecho como lenguaje,* 1968) y Stevenson («El significado emotivo de los términos éticos «en *Mind,* 1937, reproducido en la antología de Ayer, *El positivismo lógico,* trad. esp., Mexico, FCE, 1985, p. 269) vengo distinguiendo, a conciencia de su provisionalidad, entre lenguajes descriptivos, lenguajes dinámicos y lenguajes catárticos. A su vez, los lenguajes dinámicos pueden ser axiológico o exhortativo, normativo (que manda, prohíbe u organiza) y emotivo (que conmueve). Cf. mi viejo ensayo «En torno a la aplicación de la Constitución» en vv.aa. *La constitución española y las fuentes del derecho,* Madrid. (Instituto de Estudios Fiscales), 1979.

(28) Así, algo tan importante como la autorización de préstamos bancarios con interés, algo prohibido por el Islam. Igualmente en el derecho de familia, se emancipa, tímida pero eficazmente a la mujer y se autoriza la adopción plena frente a la única autorizada por la *sharia,* la *kafala.* Tales son, entre otras, las «aperturas» a las que se refiere el preámbulo de la vigente constitución tunecina.

(29) *Über Die drei Arten des Rechtswissenchaftlichen Denkes,* Hamburgo, 1934.

(30) Fioravanti, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. esp. Madrid (Trotta), 2014.

(31) *Verfasungswessen* (ed. Bernstein). I, p. 425 y ss.(versión española de W. Roces con introducción de E. Aja, Barcelona, Ariel, 1984) Vd. mi ensayo «La Constitución como Pacto» en *Revista de Derecho Político (UNED)* 1988, n.º 44, p. 17 y ss. ahora en *El Valor de la Constitución,* Barcelona (2000).

(32) *Verfassung und Vefassungsrecht,* Munich, 1928 (trad. esp. en IEPyC) y, como última versión, en *Evangelische Staatslexikon*, 1966, p. 803 y ss.

(33) Cf. Conde, *Escritos y fragmentos políticos,* Madrid (IEP), 1974 II, p. 329 y ss.

(34) Así lo muestran las diversas aportaciones a *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslerer* t. 62 (2003).

(35) Kymlicka, *Ciudadania Multicultural,* trad. esp., Barcelona, 1996.

(36) Ejemplo en Von Bogdandy, «Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de *lege lata* y *de lege ferenda»* en *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 75 (2005) 2005-I, LVII, p. 89 y ss., p. 21. Sobre bases tan sólidas, el autor propone la erección de una identidad europea cf. por el mismo autor en dicha *Revista* n.º 72 (2004) p. 25.

(37) Vd. los datos reunidos por Innerarity en *Revista de Estudios Políticos,* n.º 162 p. 149 y ss., es especial p. 165 y ss.

(38) Vd. lo datos concretos en mi ensayo en *Revista Española Derecho Internacional* 2005-I, LVII p. 89 y ss.

(39) La distinción es de Wahl, *Trascendance et condition humaine,* Paris, 1942.

(40) Cf. mi estudio sobre el preámbulo de la Constitución en Casas y Rodríguez Piñero (eds.) *Comentarios a la Constitución Española XXX Aniversario,* Barcelona (Fundación Wolters Flüwer), 2009, 2.ª ed. 2018, pp. 3 y ss., ahora en este volumen, número 15. La constitución tunecina, como la turca a que hice referencia en el texto citado, concede al preámbulo el mismo valor normativo que al texto. La cuestión se ha planteado con gran relieve doctrinal y jurisprudencial con relación a la constitución india, como antes hice referencia. Pero está por ver si el Preámbulo se aplica al margen del texto articulado o no, extremo que señalé como fundamental en mi estudio citado.

(41) Trad. esp. Madrid (FCE España), 2003.

(42) Cf. respecto de Suecia *Staten och trossamfunden*, *Slutneyänkande av Kyrkoberedningenn*, SOU, 1994, y, en cuanto a Noruega la reciente *Lov om endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til te rettssubjekt m.m.)* que modifica la *Lov om Den norske kirke (kirkeloen),* no afecta al texto constitucional que además declara como básicos los «principios cristianos» (art. 2) y declara la oficialidad de la Iglesia luterana de Noruega. La citada ley acentúa el carácter identitario de la Iglesia al restringir su feligresía, salvo declaración en contra o pertenencia a otra confesión, a los nacionales noruegos, incluso si habitan en el extranjero, y a los residentes en Noruega y la extendería a los hijos menores de 15 años (art. 3).

(43) Vd. mi estudio «Autoctonía Constitucional y Poder Constituyente» en *Revista de Estudios Políticos,* n.º 169-170 (1970), p. 79 y ss.

(44) Cmnd. 4389.

(45) Mi primera aproximación a la cuestión en mi vieja tesis doctoral de 1965 (*Nacionalismo y Constitucionalismo, El Derecho Constitucional de los Nuevos Estados,* Madrid, Tecnos 1971, p. 241 y ss). Después he insistido en la cuestión en «Protección de minorías e identidades históricas en la práctica constitucional europea» en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos.* Madrid (UAM-Eurolex) 2005, II, p. 1919 y ss. Ahora n.º 3 de este volumen.

(46) Tamara el Khoury, *Constitución Mixta y modernización en el Líbano,* Madrid (Dikynson), 2013.

(47) Cf. Innerarity, *loc. cit.*

(48) Cf. Hollerbach, «El sistema de concordato y convenios eclesiásticos» en vv.aa., *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la Actualidad,* Salamanca (Bibliotheca Salmanticense, Estudios 24), 1978, p. 179 cuyas tesis generales siguen teniendo utilidad. Cf. Santos «El factor religioso en Bulgaria y Rumania, Nuevos miembros de la Unión Europea», *UNISCI Discussion Papers,* n.º 14 (mayo/may, 2007) p. 132 y 139 y ss.

(49) Sobre estas categorías Vd. mi ensayo «El fundamento y el futuro convencional del estado Autonómico» en *Los retos del Estado de Derecho Homenaje el Profesor Cuadra Salcedo,* Madrid (U. Carlos III Pons) 2016, II, p. 1820 y ss., y las referencias bibliográficas y de la práctica comparada allí dadas, ahora en este volumen, número 6.

(50) Art. 139 de la Constitución de 1919 declarado en vigor por el art. 140 de Ley Fundamental de la República Federal. Como fundamento de lo dicho en el texto cf. Auvergnon y Camas Roda (eds.) *El ejercicio del derecho de la libertad religiosa en el trabajo en el ámbito internacional y europeo: estudio comparado del Reino Unido, Francia, Bélica y España,* Barcelona (Huygens), 2016, avalado por Montilla (ed.). *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral,* Granada, 2016. Visión contraria desde una perspectiva más dogmática da K. Aparicio Aldana, *Derechos a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia en las relaciones jurídico-laborales,* Madrid (Thomson). 2016.

(51) Cf. Martínez Torrón y Cañamares Arribas (eds.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Valencia (Tirant lo Blanc) 2014.

(52) Por ejemplo en Sri Lanka y Pakistan e incluso India, cf. Khilnany *et alii* (eds.) cit. p. 171 y ss. y p. 247 y ss. de donde se extiende a otros Estados musulmanes, v. gr., Malasia.

(53) Cf. *Conseil d'Etat, Un Siècle de laicité – Rapport public 2004 Études et Documents* n.º 55, p. 245 y ss. La decisión del Conseil d'État del 2017 sobre la Cruz que coronaba el monumento a Juan

Pablo II en Ploërmal, contraria al deseo expreso de la población y del alcalde favorables al monumento, parece marcar una dirección contraria.

(54) Vd. los datos reunidos por INNERARITY, *loc. cit.* p. 165 y ss.

(55) Pamplona, 2014.

(56) M. SCHULZE WESSEL, «La confesionalización de la nación checa» en Haupt & Langewesche, *Nación y Religión en Europa,* cit. pp. 161 y ss.

(57) Un planteamiento general de la cuestión en J. TEMPERMAN, *Th Lautsi Papers: Multidisiplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Clasroom,* La Haya, 2012. Cf. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* n.º 27, p. 28-34.

(58) ZUBRZYDKY. *The Crosses of Auschwitz. Nationalism and Religion in Postcommunist Poland,* Chicago University Press, 2006.

(59) STANISZ, ZAWISLAK, ORDON (eds.), *Presence of the Cross in Public Spaces Experience of Selected European Countries, C*ambridge Scholars Publishing, 2016.

(60) SETIÉN, *Laicidad del Estado e Iglesia,* Madrid, 205. Cf. MURGOITIO, *Igualdad religiosa y diversidad de título de la Iglesia Católica,* Pamplona (EUNSA) 2008.

(61) POLO SABAU, *El estatuto de las confesiones religiosas en el derecho de la Unión Europea. Entre el universalismo y la peculiaridad nacional,* Madrid, 2014, pp. 19 y 97.

(62) Cf. ARENAL, «Homogeneidad y heterogeneidad en la sociedad internacional como base de las tendencias hacia la integración y la desintegración» en RODRIGO Y GARCÍA (eds.) *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional,* Madrid, 211, p. 64.

(63) Cf. mi ensayo «Seis décadas después» en *LX Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,* Madrid (Instituto de España), 200*,* ahora recogida en este volumen n.º 16.

(64) BARTOLOMÉ CLAVERO *(Derechos de los Pueblos Indígenas,* Vitoria- Gasteiz, 1998) y Aparicio *(Los Pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina),* Barcelona, CEDECS, 2001 «Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos y debilidades subjetivas» en *Revista de Antropología Social,* 2015, 24, p. 127y ss.) iniciaron sabiamente el desbroce de tan frondosa mata.

(65) Cf. ARLETTAZ, *Religión libertades y Estado. Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Barcelona (Icaria), 2014, p. 193.

(66) A los efectos de este ensayo es significativa la evolución de Schleiermacher hacia el institucionalismo y la comunidad a partir de su inserción en el romanticismo alemán y especialmente en la reacción patriótica que produjo la crisis de Prusia tras la derrota de Jena (1807) y que culmina en su incorporación a la nueva Universidad de Berlín.

(67) Cf. *Las formas complejas de la vida religiosa (religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII),* Madrid 1978.

18. ¿EL ESTADO SOCIAL ESTÁ AMENAZADO POR LA UNIÓN EUROPEA?

I. EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN

El calificativo de «social» aplicado al Estado es una categoría de uso corriente en el constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, no es tarea fácil definir qué es lo que se entiende por Estado Social, e intentarlo ha hecho correr ríos de tinta tanto desde una perspectiva descriptiva, irremediablemente histórica, como desde un punto de vista conceptual, tampoco ajeno al devenir de los dogmas. A los efectos que aquí interesan, considero preferible esta última que hace derivar el concepto de Estado Social del de Estado liberal como su consecuencia lógica, una consecuencia, para muchos, antítesis de los orígenes.

En efecto, el Estado liberal, tal como lo definiera a priori Kant y tratara de llevarlo a la práctica el constitucionalismo decimonónico «... esta fundamentado sobre los siguientes principios... 1. La libertad de todo miembro de la sociedad en cuanto hombre. 2. La igualdad del mismo respecto de todos los demás en cuanto súbdito. 3. La independencia de cada miembro de la comunidad en cuanto ciudadano.» Esto es, la libertad tanto civil como política en pie de igualdad para todos los miembros de la comunidad. Ello supone que el poder público ha de crear un orden jurídico formal para el libre desarrollo de un orden por concurrencia de libertades entre iguales, tanto en lo civil como en lo político.

Ahora bien, la realización práctica de dicha definición requiere que la igualdad ante la ley se corresponda con una igualdad real, merced a la cual se hagan efectivas las mismas posibilidades de libertad civil y política. Es claro, por

ejemplo, que sin dicha igualdad real en términos económicos no existe la libertad civil de contratar entre, si no iguales. sí pares equivalentes. En la miseria no existe autonomía de la voluntad y otro tanto puede decirse del ejercicio efectivo de las libertades políticas. Esto es, que el orden de convivencia por concurrencia que denominamos mercado se dé entre iguales y que su práctica no destruya la hipotética equivalencia entre quienes concurren al mercado.

Pero en la práctica ni todos los que concurren al mercado son iguales ni la afectación de recursos ni distribución de beneficios que el mercado produce, cualesquiera que sea su eficiencia, produce igualdad, antes bien, al contrario. Por ello, cuando la comunidad política incluyó al «cuarto estamento» y pretendió hacer efectivos para todos sus miembros los principios del Estado liberal, hubo de arbitrar los mecanismos para ello. En términos de uno de los primeros y principales teóricos del fenómeno, Ernesto Forsthoff, compensando mediante la correspondiente prestación de un ámbito vital efectivo, la carencia de un ámbito vital de dominio a quienes así lo requirieran. En ello consiste el Estado Social y por eso digo que es la consecuencia lógica del propio Estado liberal. Cuando para la realización de sus fines –la libertad– no basta un Estado regulador y garante de un orden formal, sino algo más: un Estado prestador.

El Estado Social toma conciencia del conflicto que la mano invisible del mercado es incapaz por sí sola de resolver, pretende abordarlo a partir de criterios de justicia material y, en consecuencia, supone la primacía de la política sobre la economía, esto es, la subordinación de los criterios de ésta a las opciones de aquélla. Cuando la política económica toma como objetivo la erradicación de la pobreza y vincula este concepto al de desigualdad, como ha señalado recientemente el Pfr. Novales Cinca (1) es posible que a la larga incluso mejore la eficiencia económica en pro de un mayor y mejor desarrollo, pero la opción contra la pobreza no es sólo una opción económica, sino, ante todo, una opción política que responde a un determinado valor material de justicia. Solamente así, decía Marx, la economía es de verdad economía política.

Y en tal sentido el Estado Social supone la negación del Estado liberal en cuanto no sólo organiza el mercado, sino que corrige su dinámica y distribuye sus beneficios atendiendo a criterios que son ajenos al propio mercado. Por ello, quienes propugnan una estricta ortodoxia liberal y, en nombre de la moral del mercado impugnan la idea de justicia material, consideran el Estado Social como la antítesis del Estado liberal.

La Constitución española de 1978 en su artículo 1.1 define el Estado como de «derecho social y democrático» y a los efectos de este ensayo es el calificativo de «social», como rasgo determinante de nuestra identidad constitucional, lo que importa.

A su luz debe de interpretarse el artículo 38 de la misma Constitución que consagra «la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado», economía que ha de ser, en consecuencia, «social de mercado». Esto es, aquel sistema en que, sin perjuicio de la autonomía de la toma de decisiones por parte de productores y consumidores y del libre acceso de los mismos al mercado, los poderes públicos intervienen a efectos de garantizar la efectividad de la libre competencia, realizar políticas de fomento y de estabilización de precios e incluso redistribuir los beneficios que el mercado produzca.

No se trata, por lo tanto, de una economía de libre mercado ni de una economía dirigida o controlada de mercado. En la primera, los poderes públicos se limitan a crear un orden jurídico objetivo para la acción privada sin mayor intervención en el mismo. En la segunda, el poder público, no solo garantiza el orden objetivo de la concurrencia, sino que interviene directamente en ella mediante técnicas diversas como es el condicionamiento de las inversiones, la reserva de actividades a la financiación o regulación públicas e incluso la planificación, cuando menos, indicativa. Los mismos términos del propio artículo 38 CE y la previsión de reservas sectoriales y el principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y la privada en el seno del mercado, proclamada en el art. 128 CE, podrían inclinar la balanza en este segundo sentido. Pero una interpretación sistemática del propio texto y «la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada» (art. 3 CC) forzó otra opción (2).

La Constitución española como la ley fundamental alemana, pretendió parecer económicamente neutral, pero aquí como allí una recta interpretación obliga a reconocer que la opción del constituyente no fue en la dirección de una economía intervenida, ni en la de la inhibición de una economía plenamente liberal, sino en pro de la economía social de mercado tal como ha quedado definida y como, en el momento constituyente se entendía en las grandes democracias de nuestro entorno. En pocas palabras, el mercado produce; es lo que se ha denominado «la increíble máquina de hacer pan». Y el Estado Social garantiza, más allá de la racionalidad económica, la razonabilidad política de la producción. Para ello aplica criterios más políticos que económicos, pero entre los cuales lógicamente han de incluirse el respeto a la misma racionalidad económica que hace eficiente el propio mercado. No basta con acumular hornadas de pan, es preciso distribuirlo; pero hacerlo de manera que no se destruya la tahona.

El Tribunal Constitucional, a partir de las Sentencias 19/1982 y 83/1084, seguido en este punto por la más acreditada doctrina, considera que el artículo 1.1 CE al definir a nuestro Estado como social y democrático de derecho, no propugna una organización específica del mismo, sino una determina-

ción de sus fines, que son los previstos en el artículo 9.2 CE. Esto es, hacer efectivas la libertad y la igualdad entre ciudadanos y colectivos, removiendo las obstáculos pertinentes. Y, todo ello, a la luz del valor de justicia proclamado en el artículo 1.1 CE. El camino ha de ser justo y la meta, el orden social al que se refiere el artículo 10 CE, también justo.

Ello se articula en la propia Constitución a través de:

Primero, la libertad de empresa proclamada en el art. 38 CE cuyo contenido procede de la autonomía de la voluntad personal y patrimonial consagrada en diferentes artículos de la Constitución y que supone la visión dinámica de la propiedad reconocida en el art. 33 CE.

Segundo, la corrección sobre criterios de justicia material, proclamados en el art. 1.1 CE, de los costes de la competencia y de la distribución de sus beneficios.

Tercero, el reconocimiento de una serie de derechos sociales que, repitiendo las categorías en su día acuñadas por Jellinek en un contexto liberal, cabe clasificar en *iura activae libertatis* –v. gr. las medidas de conflicto colectivo (arts. 28.2 y 37.2 CE)–, *iura activae civitatis* –v. gr. la asociación sindical (art. 28.1 CE) y la negociación colectiva (art. 37.1 CF.)– y, parafraseando al propio Jellinek, de *Status creditoris* –v. gr. arts. 39.1, 41, 43.2, 44, 49, 50, etc.– contenidos en el título I de la Constitución, ya como derechos fundamentales, ya como Principios Rectores, en muchos casos polo objetivo de aquellos.

Cuarto, la pieza central del sistema de prestaciones públicas es un sistema público de seguridad social objeto de una garantía institucional establecida en el artículo 41 CE.

Quinto, una organización de las cargas fiscales capaz de distribuir equitativamente la riqueza y de financiar las prestaciones en que se concretan los derechos sociales. Tal es el sentido del art. 31 CE, en relación con los citados en el párrafo anterior, especialmente el art. 40.1.

Sexto, como ha señalado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 18 y 23/1984, entre otras, la condición «social» del Estado no supone una intervención totalizadora del poder público en la economía, sino una interrelación dialéctica entre tales poderes y los propios agentes sociales que va desde el encuadramiento del mercado mediante regulaciones por parte de los primeros, hasta la autorregulación a cargo de los segundos, pasando, respectivamente por las acciones de fomento a cargo de aquellos y el ejercicio privado de funciones públicas por parte de estos. De ahí que, como ha dicho el propio Tribunal «es propio del Estado Social de derecho la existencia de entes de carácter

social no público que cumplen funciones de relevancia constitucional o de interés general» (S. 18/1984 FJ 3.º reiterada en S. 23/1984). Instituciones tales como los Colegios Profesionales (art. 36 CE) o la Administración Pública de Derecho Privado (art. 149.1.8.º CE) cumplen esta función de contribuir a la ordenación del mercado, no substituyéndolo ni superponiéndose al mismo, sino insertándose en él.

Séptimo, todo ello en un ambiente vital, fruto de una comunidad de valores, prácticas, convicciones, normas e instituciones, sin la cual el mercado es rastro; la autonomía de la voluntad y la responsabilidad inherente a la misma una ficción; la distribución rapiña y las normas, si algo, instrumento de fraude. Un ambiente vital en cuya importancia capital insiste la moderna teoría institucional de la economía y que en términos jurídicos supone la revalorización de la categoría schmittiana del «orden concreto». Espero poder dedicar próximos ensayos a la fecunda coincidencia de juristas y economistas en torno a dicho concepto.

El Estado Social proclamado en el Título Primero de la Constitución, en el mismo artículo que establece la Monarquía como forma de Estado, y las instituciones que al mismo son inherentes forman parte substancial del pacto constitucional que, como todo pacto, es sintético, esto es no pueden descomponerse desvinculando las obligaciones recíprocas. Si el Estado es de derecho, es porque es social, si se garantiza la propiedad y la herencia es porque existen derechos sociales y afectar unilateralmente cualquiera de estos elementos es poner en tela de juicio todo el edificio constitucional, sus instituciones y sus valores. Por eso, dije al comienzo que el carácter Social es uno de los rasgos distintivos de la identidad constitucional del Estado configurado en 1978.

Esto no quiere decir que el Estado Social, en su versión actual, sea un sistema blindado inmune a toda reforma. Sus defectos no son menores que sus virtudes y unos y otros son sobradamente conocidos para tener que insistir en ellos ahora.

El Estado Social que aspira lógicamente a ser un Estado de bienestar ha de tener en cuenta la elasticidad ilimitada de este concepto. Una elasticidad especialmente peligrosa cuando la cultura hedonística de nuestros días tiende a convertir las apetencias en necesidades, las necesidades en derechos y, en consecuencia, los derechos en créditos frente a los poderes públicos. Pero es claro, por poner algunos ejemplos prácticos bien conocidos, que la atención a la tercera edad exigida por nuestra Constitución, si impone un sistema de pensiones suficientes (art. 50), no requiere organizar viajes de lujo para los ancianos desvalidos; que la previsión, tratamiento, recuperación e integración de los disminuidos físicos y mentales (art. 49 CE) no equivale a la

promoción de paraolimpiadas locales; y que el legítimo gusto por el deporte no debiera convertirse en derecho al uso gratuito de polideportivos construidos con fondos públicos.

Por otra parte, el Estado Social puede incrementar cuantitativa y cualitativamente sus prestaciones vitales como intentó hacer no hace mucho la Ley de Dependencia y puede innovar sus fórmulas de gestión como, en los últimos años, ha hecho un país pionero en este campo, Suecia.

Sin duda también, la evolución de la demografía y las restricciones de la economía pueden forzar a redimensionar el Estado Social precisamente para hacerlo viable. Tal vez haya de renunciar a tener un Estado Social opulento, capaz de proporcionar un bienestar lujoso; pero debe seguir siendo un Estado de bienestar solidario, capaz de proporcionar lo que, a la altura de nuestro tiempo, la dignidad de una ciudadanía democrática requiere: un bienestar digno y una reducción de la desigualdad de oportunidades.

Lo primero requiere erradicar la pobreza no ya en sentido absoluto, sino en el relativo, que la doctrina suele situar en una renta menor al 60% de la renta mediana de la población considerada.

Lo segundo exige distinguir entre la igualdad en los resultados, y la igualdad de oportunidades que supone el que la renta monetaria y no monetaria de los individuos dependa solo de factores derivados de decisiones personales, sin perjuicio de que en el resultado final influyan otros factores ajenos a su capacidad y voluntad. Es la movilidad económico-social intergeneracional la que permite, indirecta pero eficazmente, medir el grado de realización de la igualdad de oportunidades puesto que, a mayor movilidad, es claro que el origen socio-económico de los individuos es menos relevante que su propia capacidad para determinar las oportunidades de que dispone.

Todo ello puede exigir mayor recaudación fiscal (lo cual no supone necesariamente mayores impuestos sino más eficaz recaudación) y, sobre todo, mejor distribución del gasto público y gestión más racional de las prestaciones sociales. Por poner un ejemplo concreto, el buen sentido exige que la financiación pública del ocio disminuya si ello permite incrementar, hasta un nivel aceptable, las hoy exiguas pensiones no contributivas.

II. EL OPUESTO MODELO ECONÓMICO DE LA UNIÓN EUROPEA

La integración europea, cualquiera que fueran sus metas políticas explícitas e implícitas, se configuró como un proyecto estrictamente económico. La integración trató de legitimarse y organizarse, exclusivamente, sobre la base de

la racionalidad económica dejando al margen los aspectos político-constitucionales que se entendía interferían con el tabú de la soberanía estatal.

El Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea previó una cooperación más estrecha, pero en ningún caso obligatoria, respecto de ámbitos específicos como el empleo, las condiciones laborales, la seguridad social, la protección contra los accidentes y enfermedades profesionales etc., pero limitándose a preveer la espontánea aproximación de las disposiciones legislativas reglamentarias y administrativas al efecto (arts. 117 a 119 antiguos). La Cumbre de la Haya de 1969 continuó esta senda mediante la propuesta de armonizar las políticas laborales de los Estados miembros para evitar efectos de dumping. En 1974 se aprobó un programa comunitario de acción social con el fin de erradicar la pobreza con el éxito que hoy podemos comprobar. En 1981 se propone una política de empleo y en 1989 se adopta, con la excepción del Reino Unido, una «Carta Social de los Derechos Básicos de los trabajadores» que no pasa de ser una declaración de principios comunes. El Acta Única Europea de 1986 amplió esta vía al transformar la libre circulación de trabajadores en libre circulación de personas en general, la higiene en el trabajo se convirtió en mejora general de las condiciones laborales y se propugnó la intensificación del diálogo entre los agentes sociales. Y además introdujo el nuevo concepto de cohesión económica y social, susceptible de ser interpretado en dos sentidos bien diferentes: más competencias comunitarias o más financiación comunitaria. En la práctica se puso el acento en la financiación, que en realidad se orientó hacia inversiones en infraestructuras físicas e incluso capital humano. El resultado ha sido una cohesión interestatal con proyección interregional, pero no intersocial. La dimensión interterritorial ha primado sobre la dimensión interclases y basta para comprobarlo atender a quiénes son, en la práctica, los grandes beneficiarios de la Política Agrícola Común que consume la parte del león en el presupuesto comunitario.

La mayor integración política, patente desde el Acta Única, explica el creciente impulso de lo que Christian Joerges (3) denomina «la búsqueda de la Europa Social» a partir del Tratado de Maastricht o, en expresión de Delors «la dimensión social del mercado único», concretada primero en el Acuerdo 14 –llamado así por la no participación del Reino Unido– que dio lugar al Protocolo Social. A ello siguieron los tímidos intentos en este campo del Tratado de Ámsterdam que integró en el propio Tratado el mencionado Protocolo Social, la Carta de Derechos acordada en Niza muchos de cuyos preceptos (arts. 26 y ss.) son programáticos y que Cruz Villalón (4) calificó de inocua, por transparente –hacia las declaraciones y prácticas nacionales y la Convención Europea–. Después, la inclusión de la «Europa Social» en los trabajos de la Convención

Europea que dio lugar a las retóricas menciones que al efecto contenía el proyecto de Constitución del 2004 y, en fin, las más rotundas y no menos retóricas expresiones del Tratado de Lisboa (art. 3.3).

Todas estas declaraciones tienen el mismo carácter: se limitan a fijar objetivos, tanto las declaraciones iniciales, como las llamadas cláusulas horizontales y los mismos derechos sociales cuyo carácter programático puede llegar a erosionar la normatividad de los derechos civiles y políticos allí también declarados. En efecto, estas declaraciones comunitarias no han tenido en cuenta la sabia distinción que el derecho constitucional comparado ha acuñado entre derechos de inmediata aplicación, incluso cuando puede tratarse de derechos de configuración legal, y lo que nuestro texto de 1978 denominó Principios Rectores. Unos y otros revelan un orden material de valores inherente a la Constitución y, en consecuencia, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, son vinculantes para los poderes públicos y los Principios pueden ser el indeclinable polo objetivo de los derechos. No se trata, en consecuencia, antes al contrario, de desvalorizar los Principios Rectores; pero es evidente que su grado de ejecutividad no es el mismo que el de los derechos. Nuestro texto constitucional así lo dice expresamente (art. 53.3) y así se deduce claramente de su propio enunciado. No es lo mismo el derecho a expresarse libremente que el derecho a la salud, porque para el primero basta un orden formal de libertad y el segundo requiere una complicada organización sanitaria. Ahora bien, esta diferencia cualitativa de su respectiva pretensión de eficacia debe llevar a distinguir su formulación como hizo el constituyente español. Los textos comunitarios, por el contrario, no introducen tal diferencia ni en la redacción ni en la sistematización, con lo cual se corre el peligro de que la menor intensidad de las declaraciones de intenciones contaminen el resto de la declaración y la conviertan toda ella en un benevolente desiderátum más que en una norma efectiva. El «*soft law*» permite ser extremadamente generoso.

Pero la verdadera identidad del modelo comunitario de mercado procede de otro lado, a saber la reconceptualización de las cuatro libertades económicas afirmadas en los tratados fundacionales –circulación de personas, bienes, servicios y capitales–. De concebirse como meras consecuencias del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, lo que suponía la recíproca apertura de los diferentes mercados nacionales, pasan, fundamentalmente por obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario a partir de los casos *Dassonville* (1974) y *Cassis de Dijon* (1979), a ser libertades individuales. Estas, según dijo el Tribunal de Justicia, se proyectan «sobre cualquier otra restricción aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstacu-

lizar o hacer menos atractiva las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro en el que presta legalmente servicios análogos» (S. de 15 de marzo del 2001 que se remite a una abundante jurisprudencia anterior). Las libertades económicas propias del mercado –un mercado interior único– excluyen las limitaciones propias de los diferentes Estados miembros en cuanto Estados Sociales.

Es claro que la Europa Social podría construirse sin perjuicio del mercado único si una normativa «social» única o al menos uniforme se impusiera en todo el ámbito de la Unión. Es decir, uniformando las normativas laborales, sanitarias, de seguridad social, corporativas, interventoras y ordenadoras del mercado, etc. y lógicamente fiscales. Y no faltan intentos en el sentido de crear sobre el núcleo de la ciudadanía de la Unión una identidad social europea promoviendo la participación de los ciudadanos europeos en los sistemas sociales de los respectivos Estados miembros,

Las dificultades prácticas para ello son de dos tipos. Por un lado, la Unión carece de competencias al efecto. Por otro, si las tuviera, como reiteradamente se ha intentado a partir del tratado de Maastricht, la diferencia entre las economías de los Estados miembros daría como resultado una asimetría entre los costes de producción de los mismos que falsearía toda la competencia sobre la que pretende asentarse el mercado único. Si la deslocalización allende Europa de plantas industriales de los miembros más competitivos de la Unión ya hace asimétrico el propio mercado único, la homologación de sus costes lo haría aún mayor. Ello explica las excepciones británica y danesa y las denominadas «Preocupaciones» del pueblo irlandés ante el Tratado de Lisboa que dio lugar al correspondiente Protocolo firmado en junio de 2012 (en especial art. 2 relativo a fiscalidad).

A ello hay que sumar las diferentes «culturas» jurídicas coexistentes en la Unión y que solo un voluntarismo ciego es capaz de no ver. Algunas, más favorables a la libre competencia y por ello bien vistas en la Unión –desde el informe Monti a la Directiva de servicios 2006/123– resultan más costosas para el consumidor y degradan la calidad del servicio a cambio del ingreso en el mercado de nuevos protagonistas. Sirva como ejemplo de lo primero la alternativa anglosajona –certificado de tercero de confianza más seguro de riesgo– a la administración pública de derecho privado a cargo del notariado latino-germánico, cuya práctica, sin duda, hay que perfeccionar, pero que sería fatal destruir. Y, como muestra de lo segundo, la liberalización de los establecimientos farmacéuticos para convertirlos en supermercados. La libre competencia que tome como paradigma el rastro, no garantiza ni la mejor calidad de los servicios ni siquiera su más bajo coste.

El resultado de todo ello es que la Unión ha adoptado un modelo de economía de mercado no social, sino estrictamente liberal según el cual el poder público comunitario garantiza un orden de libre competencia sin mayor correctivo que la imposición de dicha libre competencia. Frente a lo afirmado por el más ortodoxo liberalismo, pienso en el famoso epílogo de Hayek a su obra *Derecho, Legislación y Libertad,* para el cual el mercado y sus instrumentos no derivan ni de los determinismos biológicos ni de las decisiones políticas sino de la espontánea práctica de los hombres, en la Unión Europea, el mercado único se ha creado a golpe de directiva –baste pensar en la Directiva de Servicios citada– y, más aún, de sentencia. Es, en expresión de Joerges, en el ensayo atrás citado, un «liberalismo autoritario». De donde el paradójico contraste entre la libre competencia que se trata de conseguir y la minuciosa intervención de la normativa comunitaria que llega a extremos caricaturescos, como en su día puso de relieve el Consejo de Estado (5).

Documentar exhaustivamente la tesis expuesta excede con mucho los límites del presente ensayo. Pero baste, como muestra de qué tipo de mercado es el que propugna la jurisprudencia comunitaria, atender a las siguientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión.

El 22 de noviembre del 2005, el Tribunal de Justicia de la Unión dictó la Sentencia sobre el caso *Mangold* (C. 144/04). La normativa alemana para paliar las dificultades laborales de los mayores introdujo medidas de fomento a su contratación y, a su amparo, se celebró un contrato de trabajo a tiempo parcial con el Sr. Mangold de 56 años de edad. La Sentencia de 22 de noviembre del año citado lo consideró incompatible con la Directiva 2000/78 CE que establecía condiciones generales de igualdad en la contratación. En Sentencias posteriores el Tribunal se ha mostrado más sensible a la hora de justificar modulaciones a la igualdad en razón de fines sociales como es el fomento del empleo, especialmente del juvenil. Pero no es menos cierto que las excepciones previstas al efecto en la Directiva 2000/78, de suyo muy restrictivas, han sido interpretadas con notable rigidez.

El 11 de septiembre del 2007, el Tribunal dictó Sentencia en el caso *Schwarz* (C. 76/05). Una familia alemana acomodada envió a estudiar a sus hijos a un exclusivo colegio escocés muy costoso y pretendió deducir los gastos así ocasionados de su impuesto sobre la renta. Las autoridades alemanas se negaron a admitir dicha deducción, alegando que las previsiones correspondientes de la normativa tributaria alemana limitaban tal beneficio al supuesto de menores escolarizados en un centro alemán homologado, señalando que la finalidad de dicha norma era facilitar la integración de escolares procedentes de familias con diferentes niveles de renta en un mismo tipo de educación. El Tribunal de

Justicia de la Unión decidió que tal normativa violaba el derecho de los Schwarz a circular por todo el territorio comunitario en busca de la mejor opción educativa y la libertad de libre prestación de servicios en toda la Unión.

El 10 de febrero del 2010 el Tribunal dictó Sentencia en el caso *Vicoplus* (C-307/09) en el sentido de considerar que si una empresa contrata trabajadores en un Estado y los desplaza para prestar servicios en el territorio de otro Estado de la Unión, el desplazamiento es el objeto de la prestación del servicio realizado por la empresa proveedora aunque el trabajador preste sus servicios bajo el control de la empresa usuaria. El resultado es que el contrato laboral se celebra entre el trabajador y aquella y no ésta, con lo cual es la segunda la que se beneficia de las diferencias salariales entre ambas.

El 21 de enero del 2010, el Tribunal dictó Sentencia en el caso *Comisión vs. Alemania* (C 546/07) en la que, aun aceptando la alegación alemana para el caso concreto objeto del litigio, excluyó la posibilidad de que pudieran adoptarse nuevas medidas de defensa del mercado laboral para promover el empleo en situaciones de alto nivel de paro.

Pasando de la libertad de circulación de personas a la de establecimiento, la Sentencia *Uberseering* de 5 de noviembre del 2002 (C 208/2000) cuyas tesis confirmaría, después de significativas vacilaciones, la Sentencia Cartesio (2010/06) de 16 de diciembre del 2008, identificó la libertad de establecimiento con la libertad de decidir de acuerdo con qué legislación nacional puede constituirse una empresa con independencia de en qué Estado tenga su sede y dónde opera. El resultado fue que, en un plazo de tres años, se constituyeron en el Reino Unido, al amparo de su normativa tributaria, numerosas empresas cuyo capital y centro de actividad eran alemanes, pero que eludían así el sistema tributario alemán, sin dejar de beneficiarse de sus servicios públicos.

En cuanto a la libre circulación de capitales que el propio Tribunal ha calificado de «metalibertad», la Sentencia recaída el 23 de octubre del 2007 en el caso Volkswagen (C 112/05) consideró contrarias a la misma las normas dictadas en el Land de la Baja Sajonia sobre la gobernanza corporativa de la citada empresab¡, que ponderaba los derechos de voto de los accionistas para evitar mayorías hegemónicas, garantizar los derechos minoritarios y asegurar la representación pública en el Consejo superior de la compañía.

Respecto de los derechos que no limitan el poder sino que se oponen al mismo, incluidas las relaciones *inter privatos,* como en el campo laboral son los derechos de asociación, sindicación y conflicto colectivo, cuatro Sentencias, dos del año 2007 (Viking C 438-05 y Laval 431/05) y dos del 2008 (Ruffen 3/16/06 y Luxemburg Case 319/06) dieron prevalencia a la libertad de

establecimiento (caso Viking) y de prestación de servicios (casos Laval y Ruffen) sobre los derechos de acción colectiva (casos Viking y Laval) y sobre la normativa en defensa de los derechos sociales (Ruffen).

III. EL IMPACTO DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ESTADO SOCIAL Y SUS POSIBLES LIMITACIONES

El resultado de la orientación jurisprudencial ejemplificada en las Sentencias citadas y de su correspondiente glosa doctrinal ha sido la decantación de un canon de constitucionalidad europeo, harto distante y diferente del nacional, pero cuya fuerza expansiva afecta decisivamente a los fundamentos del Estado Social, tanto en el nivel estatal como de la Unión. Porque no se trata de excluir toda discriminación entre nacionales de los Estados miembros, sino de desplazar y consiguientemente inaplicar cualquier norma de cualquier nivel que contradijese las libertades económicas arriba enunciadas. Como ha señalado entre nosotros de modo magistral el Pfr. José Agustín Menéndez (6), ello tiene un doble efecto en el plano constitucional. Uno procesal, al convertir la cuestión prejudicial en una vía para el control de la normativa estatal desde la constitucionalidad europea. Otro substantivo, al promover la europeización de los ordenamientos jurídicos estatales al margen del proceso de formación de la voluntad política pretendidamente supranacional.

La Unión, carente de una constitución democrática en el sentido «ideal» del término, está generando una «gobernanza» jurisdiccional que potencia la desde siempre denunciada gobernanza burocrática resultante del déficit democrático de la Unión. Tal déficit y la consiguiente hegemonía burocrática nadie los discute y prueba de ello son los reiterados y siempre frustrados intentos de superar ambos defectos, por la simple razón que no es posible superar un déficit democrático cuando no existe un «demos» que representar. Pero el resultado es un impacto potencialmente desnaturalizador sobre el modelo constitucional del Estado miembro que puede afectar a la identidad constitucional cuyo respeto, paradójicamente dice garantizar la misma Unión (TUE art. 4.2).

La vía de semejante proceso es doble. Por un lado, la presión política de instrumentación jurídica un tanto dudosa a la luz de la propia jurisprudencia constitucional comparada, que más adelante expondré y que, al hilo de la crisis económica, ha impuesto recortes presupuestarios que afectan a elementos esenciales del Estado Social. La cuestión, sin duda de máxima gravedad, excede los límites del presente ensayo.

Por otro, la interpretación jurisprudencia] de la primacía del derecho de la Unión, cuestión de la que paso a ocuparme.

Sabido es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, hoy de la Unión, ha decantado dos caracteres fundamentales de la normativa europea: su efecto directo y su primacía sobre el derecho de los Estados miembros, primacía sobre toda norma estatal, incluso las de derecho constitucional. Tal es la doctrina iniciada en el asunto Costa/ENEL de 1964 y culminada en los asuntos Handelgesselschaft de 1970 y Politi de 1971 y que llega hasta nuestros días incluso a costa de la distorsión del propio derecho primario de la Unión.

Sirva de ejemplo la reciente Sentencia del TJUE de 26 de febrero del 2013 en el caso Melloni (C-399/11) respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español. El art. 53 de la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea dispone que «Ninguna de (sus) disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por las Constituciones de los Estados miembros». Y el Tribunal Constitucional español planteó la cuestión de si el art. 4 bis,1 de la Decisión Marco 2002/584 JAI en la redacción dada por la Decisión Marco 2009/299 JAI, impide condicionar por las autoridades judiciales nacionales la ejecución de una orden europea de detención a la mejor garantía del derecho de defensa del reclamado tal como se reconocen en la propia Carta y resulta del art. 24 de la Constitución Española. El Tribunal Europeo lo negó, porque dicha interpretación «menoscabaría el principio de primacía del derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta si no respetaran los derechos garantizados por la Constitución de ese Estado» (parágrafos 56 a 58), remitiéndose a la doctrina ya afirmada por el Tribunal en la jurisprudencia antes citada (parágrafo 59). Esto es, la norma comunitaria de derecho derivado prima sobre la propia Constitución estatal.

Que doctrinalmente los efectos de dicha primacía se califiquen de desplazamiento y no de derogación es irrelevante, porque el resultado es la aplicación de la norma comunitaria y no de la estatal. Lo importante es que dicha doctrina somete la Constitución estatal, no sólo al derecho originario de la Unión, sino al derivado, de manera que una norma comunitaria del mínimo rango, algo difícil de determinar en un ordenamiento que no siempre responde al principio de jerarquía, podría convertir en irrelevante, no derogándola, pero sí desplazándola, a una norma o una institución constitucional.

Como después expondré esta doctrina, verdadera revolución judicial, al decir de europeísta tan distinguido como Pescatore, contestada por la mayoría de las jurisdicciones constitucionales europeas, ha tratado de imponerse en el

frustrado Tratado Constitucional de Roma del 2004 (art. I-6), para poner unilateralmente fin a dicha oposición. Y, rechazado dicho tratado por los referenda de Francia y Holanda, se ha pretendido reintroducirla en el Tratado de Lisboa, por vía de declaración que, como tal no forma parte del Tratado (art. 51 a contrario) y que se limita a copiar un Dictamen del servicio jurídico del Consejo de 22 de junio del 2007, dictamen que reitera los términos de la jurisprudencia citada (Declaración n.º 17) y cuyo relieve examinaré más adelante, a la luz de la jurisprudencia comparada.

Como señalé reiteradamente desde el año 2004 en adelante (7), la más grave consecuencia de esta tesis era la comunitarización del poder constituyente –al menos del constituyente constituido– de los Estados miembros, con el inmediato efecto práctico de dejar en manos de cualquier instancia comunitaria, incluido el colegio de comisarios, y al margen de todo control, instituciones y garantías institucionales establecidas en la Constitución estatal. Dado el modelo económico de la Unión atrás descrito, ello pondría en grave riesgo las instituciones propias del Estado Social, como la experiencia práctica está demostrando. Así lo avala la experiencia empírica de los análisis de la decreciente movilidad social de aquellos países que adoptan pautas económicas neoliberales como el Reino Unido o los Estados Unidos, si bien en el primero de ellos no pueden olvidarse otros factores metaeconómicos de rigidez, característicos de su sociedad.

Sabido es que, como en su día analizara brillantemente el Prf. Muñoz Machado (8), la integración estatal en la Unión abre la vía de importantes mutaciones constitucionales en el sentido que desde Jellinek se da a este término. El desplazamiento o el vaciamiento de las instituciones del Estado Social se podría incluir en el capítulo de tales mutaciones. Ahora bien, ¿hay límites a las mutaciones constitucionales? La cuestión ha hecho correr ríos de tinta desde Laband y Jellinek hasta la fecha. Pero baste ahora señalar que una concepción integradora del derecho constitucional como la incoada por Smend y desarrollada en este punto por Hesse (9) puede concluir que la mutación constitucional tiene dos límites. Por un lado, la normatividad de la propia Constitución que debe excluir la mutación por normas inconstitucionales; de otro, la finalidad –el «telos» decía Löwenstein– de dicha normatividad que no es otro que la integración política de la comunidad estatal. Si hay alguna disposición de nuestra Constitución que exprese dicha meta integradora, es la definición de nuestro Estado como «social y democrático de derecho» y lo que de ello se deriva. La mutación encuentra ahí su límite infranqueable, salvo que se renuncie a toda idea de Constitución y se pase de contemplar su mutación a propugnar su destrucción.

Dos son las vías para garantizar tales límites y de ambas ofrecen ejemplos el derecho y la jurisprudencia constitucional comparada. Por una parte, se han introducido contralímites al proceso y alcance de la integración, ya exigiendo procedimientos especiales, como ocurre en la mayoría de las constituciones de los Estados miembros de la Unión, ya, lo que aquí más interesa, declarando intangibles determinados elementos de la constitución estatal frente a cualquier reforma y, en consecuencia, también a cualquier mutación, sea ésta autónoma o heterónoma (v. gr., en la Ley Fundamental de la República Federal art. 23 en relación con el 79 y en el Instrumento de Gobierno Sueco de 1974, art. 5 del capítulo 10). Por otro lado, las jurisdicciones constitucionales, convertidas en los defensores del Estado constitucional que es el Estado Social y Democrático, han puesto primero *caveats* y después limites al proceso de mutación. Si, como señalara Weiler, hasta ahora se ha seguido la vía de la integración mediante el derecho, ahora parecen ser quienes aplican el derecho los encargados de frenar un proceso político que amenaza con discurrir a su margen, instrumentado por una normativa heterónoma obra de instituciones que adolecen de un indiscutido y, por la razón atrás apuntada, irremediable déficit democrático.

La reacción frente al activismo judicial prointegrador del Tribunal de Justicia se apunta ya en la doctrina y aún en la jurisprudencia ordinaria, pero es aún más claro en el «diálogo de los jueces» entablado por los Tribunales Constitucionales de los más importantes Estados miembros de la Unión Europea. Si no han tenido reparo alguno en reconocer la primacía del derecho europeo sobre las normas de rango legal e infralegal, también han afirmado la supremacía de la propia Constitución estatal sobre la normativa europea, tanto el derecho originario como el derivado. Rodríguez Iglesias (10), de cuyo más solvente europeísmo no cabe dudar, en 1993 y yo mismo (11) en el 2005 señalamos esta larga evolución que ahora cabe sintetizar desde el «mientras que» de la doctrina «Solange», afirmada por el Tribunal Constitucional alemán en 1974, hasta el «sí salvo que» de las resoluciones del Conseil Constitutionnel francés a partir del 2004. Las Sentencias italianas de 1973 (Frontini), 1984 (Granital) y 1989 (Fragd), donde se afirman los contralímites constitucionales a la integración mediante la reserva hipotética de control de constitucionalidad sobre la normativa comunitaria y, sobre todo, las reiteradas Sentencias polacas, desde la de 27 de mayo del 2003 (K 11/03) hasta la de II de mayo del 2005 (K 16/04), donde se establece rotundamente la supremacía de la Constitución y el consiguiente control de la jurisdicción nacional sobre la constitucionalidad del derecho internacional o comunitario, hasta culminar en la Sentencia alemana sobre el Tratado de Lisboa de 30 de junio del 2009, marcan los frutos de esta evolución.

Así, el Consejo Constitucional francés, a través de una larga decantación doctrinal, cuyos antecedentes están en la doctrina Matter sobre la relación ley-tratado internacional, formulada por el Consejo de Estado, allá en 1931, ha afirmado el imperativo constitucional de incorporar el derecho europeo, «salvo» que, como señaló en 1992, contradiga «las condiciones esenciales al ejercicio de la soberanía nacional» (92-309 IX de 9 de Abril 1992), concretadas en «el deber general del Estado de garantizar el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos». Para, más adelante, en el 2001, referirse como causa de excepción a «las leyes fundamentales de la República», «una disposición expresa de la Constitución» (DC 19 de junio del 2004) o, en el 2006, que atente «contra reglas o principios inherentes a la identidad constitucional de Francia» (n.º 2006-540 DC del 27 de julio del 2006). Identidad que incluye los valores consagrados en el Preámbulo de la Constitución de 1946 a la que se refiere la de 1958.

La posición francesa es en consecuencia clara. El Conseil d'État desde 1996 (Koné) y más explicitamente en 1998 *(Sarran el Levacher)* ha afirmado la primacía de la Constitución. El derecho primario, los tratados comunitarios, no pueden ser celebrados si contradicen la Constitución salvo previa reforma de ésta. El derecho derivado prima sobre las normas infraconstitucionales, pero «no puede primar en el orden interno sobre los principios y disposiciones de valor constitucional» (Consejo de Estado, *Societé Arcelor Atlantique* 8 de febrero del 2007 y Conseil Constitutionnel 2007-560 de 20 de diciembre del 2007). El juez nacional y, muy especialmente, el juez constitucional han de velar por el respeto a la supremacía de la Constitución.

Más reveladora todavía es la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana, cada vez más reticente en esta materia ante las tesis del Tribunal de Justicia de la Unión. Una reticencia que se desarrolla en paralelo al intergubernamentalismo asimétrico que, por iniciativa de Berlín, tiende a substituir el antiguo «método comunitario» en la dirección política de la Unión.

En efecto en la Sentencia de 29 de mayo de 1974 *(Solange I)* inicia una doctrina continuada —aun con matices en 1979 *(Vielleigt)*— y en 22 de octubre de 1983 (Solange II) según la cual el propio Tribunal Constitucional se reservaba el control sobre el derecho europeo en relación con la propia Ley Fundamental «en tanto que» los niveles de protección comunitarios de los derechos fundamentales no sean al menos análogos a los alemanes y no se superase la falla de un Parlamento ante el que sean plenamente responsables políticamente los órganos comunitarios competentes para dictar normas. La primacía del derecho comunitario sobre la Constitución nacional se condicio-

naba a la maduración democrática de la propia Comunidad aunque, y ésta es la matización introducida en *Solange II,* el Tribunal la daba en aquella ocasión por suficiente. La Sentencia de 12 de octubre de 1993 (Maastricht), entre otras muchas consideraciones soberanistas, reiteró la supremacía de la Constitución estatal y fundamentó dicha doctrina en una tesis que ya trascendía la mera ingeniería constitucional: la identidad política del Estado expresión de un pueblo soberano. La Sentencia de 30 de junio de 2009, antes citada, ha insistido en tales conceptos e incluso ha sugerido expresamente la instrumentación de un control de constitucionalidad estatal de la normativa europea, tanto *ultra vires* como en defensa de la propia identidad constitucional.

Y, lo que a los efectos de este ensayo es aún más importante, enfrentado con la cuestión de la primacía del derecho comunitario afirma dos cosas. Por una parte, que dicha primacía se basa en las previsiones de la propia ley nacional. «Ya que en Alemania, la primacía del derecho de la Unión solamente es aplicable en virtud del mandato de aplicación del derecho dado por la ley mediante la cual se autoriza la ratificación de los tratados... la primacía de aplicación solamente rige en la medida en que la República Federal de Alemania haya aceptado tal norma de resolución de conflictos y se le permita aceptarla» (parágrafo 343). Y, por otra, enfrentado con la ya citada Declaración n.º 17 del Tratado de Lisboa, afirma rotundamente que «la República Federal de Alemania no reconoce primacía de aplicación del derecho de la Unión incondicional y dudosamente inconstitucional... no es correcta la afirmación... de que con la aprobación del Tratado de Lisboa la primacía ilimitada del derecho creado por las instituciones de la Unión sobre el derecho de los Estados miembros se convertiría en la práctica en un elemento mas de los tratados y que con ello se estaría concediendo una primacía de validez estatal-federal inadmisible que incluso posibilitaría la derogación del derecho constitucional de los Estados miembros que resultara incompatible» (parágrafo 331).

En torno a esta tesis, el diálogo horizontal entre los jueces –baste pensar en las citadas resoluciones del Tribunal Constitucional polaco, en las opiniones informales del húngaro y en las Sentencias del checo (PL. ÚS 19/ de 26 de noviembre, 08, parágrafo 85 Cf. PL, ÚS 29/09 de 11 de marzo)– ha confirmado esta negativa a supeditar la propia Constitución al derecho de la Unión, tanto al derecho primario, como, lo que es más importante a la hora de instrumentar su control jurisprudencial, al derivado. La primacía de éste se configura sobre la base de las propias cláusulas de integración de las respectivas constituciones estatales, como una primacía condicionada frente a la primacía incondicionada de aquellas, algo rotundamente contradicho por la constante doctrina del TJUE como muestra la antes citada sentencia de 26 de febrero del 2013.

En consecuencia, se abran dos vías de control nacional sobre el derecho de la Unión. De un lado, un control «ultra vires» si el derecho de la Unión excediera los términos de la atribución competencial que a favor de aquella hizo el Estado. De otra, una salvaguarda de la identidad constitucional del propio Estado, en su estabilidad y en su identidad constitucional.

Como tal Estado soberano, al afirmar inalienables algunas competencias que se le consideran inherentes, la doctrina alemana y, siguiéndola, la francesa han insistido en la cuestión. La citada sentencia del «tribunal alemán de 12 de octubre de 1993 (Maastricht I) insistió en la permanencia de la estabilidad de la República Federal como sujeto soberano de derecho internacional y ello no supone solamente la «competencia de la competencia» sino una serie de campos de competencia estatal no susceptibles de atribución a la Unión. Así lo concreta la Sentencia del mismo Tribunal de 30 de junio del 2009 considerando que el Estado debe conservar su «capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida» (parágrafo 226), «condiciones de vida económicas culturales y sociales», concretadas en la ciudadanía estatal y los correspondientes derechos fundamentales, así como la injerencia penal o administrativa de gran intensidad en los mismos, el monopolio de la fuerza civil y militar, los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento, así como las cuestiones culturales (parágrafo 249). Es evidente que la presurosa reforma española del art. 135 CE en agosto del 2011 que, por presiones comunitarias, pretendió seguir el ejemplo alemán, no tuvo en cuenta lo dicho por el Tribunal Constitucional Federal sobre la soberanía fiscal.

Y como un Estado concreto con una específica identidad constitucional, son muchos los ejemplos que de ello cabe poner. Así lo ha subrayado la doctrina francesa poniendo como ejemplo la forma republicana de gobierno al hilo de la decisión del Conseil Contitutionnel de 2 de septiembre del 2002 (92-312 DC) y el Tribunal Constitucional alemán viene subrayando desde 1993 al 2009, el carácter federal y una determinada concepción de los derechos fundamentales como indeclinables características de la propia identidad constitucional. ¿No es su condición de Social, atrás explicitada, una característica de nuestra identidad constitucional tal como los españoles decidimos en 1978?

En resumen, según los más autorizados exponentes de la jurisprudencia constitucional comparada, si por opciones políticas legítimas se quiere hacer compatible la Constitución con normas que le son discrepantes, la Constitución puede y debe ser reformada, como se hizo en la República Federal en el caso relativo al servicio militar de la mujer; pero no puede prescindirse de ella en tanto este en vigor, ni revisarla, sin atenerse al procedimiento formal de reforma. Un procedimiento que, por ejemplo, en España presupone un alto

grado de consenso político, análogo cuando menos al que caracterizó el «momento constituyente». Y tampoco puede atentar contra lo que la propia Constitución califica de inalterable.

La argumentación que latía tras dicha tesis es la siguiente. La Constitución es, expresa o tácitamente, la norma suprema del Estado; es en su virtud, como el Estado se integra en la Unión; en consecuencia dicha integración no puede derogar la Constitución o, lo que es lo mismo a efectos prácticos, desplazar sus normas. La integración supranacional no permite disponer de la Constitución estatal. Esta fue la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en la Decisión 1/1992, desafortunadamente aguada, frente a toda la experiencia comparada, en la Decisión 1/2004. Y, lo que me parece de importancia capital, la supremacía de la Constitución no se deduce de una mera posición jerárquica afirmada en la misma, que el poder constituyente constituido, esto es la revisión constitucional, podría modificar, sino porque la Constitución expresa la infungible identidad de un pueblo soberano. Se trata de una dimensión político-existencial que la instrumentación jurídica de la propia Constitución puede y debe servir, pero que los constitucionalistas no pueden escamotear mediante la propia argumentación jurídica.

Tal es la doctrina expresamente formulada por los Tribunales Constitucionales alemán desde 1993, polaco desde el 2005 y checo en el 2007 entre otros –influidos todos ellos entre sí– y reiterada con énfasis que ha escandalizado a tantos euroentusiastas, en la Sentencia alemana ya citada de 30 de junio del 2009 sobre el Tratado de Lisboa.

Sería deseable la más profunda incorporación de nuestro supremo intérprete de la Constitución a este fecundo «diálogo entre los jueces» que debe ser horizontal y no sólo con la Corte de Justicia de la Unión, atendiendo a lo que Pescatore denominó la articulación constitucional del poder de integración, tarea ésta que tan solo cabe esbozar aquí a través de las siguientes tesis.

Primera, el artículo 93 CE es el fundamento de la participación de España en la UE. En consecuencia, el poder de integración allí configurado no puede ir más allá de atribuir el ejercicio, como tal revocable, de determinadas, como tal limitadas, competencias, a la Unión. Tesis que concuerda perfectamente con el principio de atribución y la revocabilidad de la Unión reconocidos en los Tratados de la misma (arts. 1 y 5 y 50 TU) y que fue expresamente mantenida en su día, frente a la doctrina canónica dominante, primero por la Cámara de los Lores, y, después por el Tribunal Constitucional alemán.

Segunda, esta atribución realizada mediante Ley Orgánica no puede exceder las propias competencias del legislador orgánico al que el art. 93 citado habilita para autorizar dichas atribuciones competenciales. Es decir, no

puede reformar la propia Constitución, algo sólo factible mediante los procedimientos previstos en el título X de la misma, ni afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales, ni derogar la imagen social identificadora de aquellas instituciones garantizadas por lo que la doctrina y la jurisprudencia conocen como garantías institucionales.

Tercera, la Constitución, sistemáticamente interpretada, obliga al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a la UE, entre otras, a la incorporación del derecho derivado. Un derecho derivado cuya compatibilidad con la Constitución estatal no viene garantizada por la conformidad del derecho primario y la propia Constitución y que, por tanto, debiera ser sometido a un control de constitucionalidad, un control regido por una voluntad integradora, esto es, lo que cabría denominar un prejuicio favorable al derecho de la Unión y, a la vez, un respeto, no sólo formal sino substancial, a la supremacía de la Constitución afirmada en el art. 9 de la misma y tantas veces reiterada en foro legislativo, jurisdiccional, doctrinal y político. La jurisprudencia constitucional comparada, especialmente las ya citadas de los tribunales de Polonia y la República Checa han insistido en ello. Un control que se facilitaría, si, mediante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se incorporase el derecho comunitario al bloque de constitucionalidad e interpretarlo así a la luz de la propia Constitución.

Si la pertenencia de los Estados a la Unión, entre ellos la de España, se basa en las cláusulas de integración de las respectivas constituciones, entre ellas el artículo 93 de la vigente Constitución española, es evidente que ello no puede conducir a la destrucción de la propia Constitución estatal. Ahora bien, bajo la norma suprema que la Constitución, nuestra Constitución, es, late un pacto, uno de cuyos ingredientes fundamentales es el carácter Social del Estado. Erosionar tal carácter es atentar contra el pacto y contra lo que el pacto sustenta, la Constitución. Los partidarios de la permanencia de España en la Unión deberían ser los más decididos partidarios de poner, en defensa de nuestra identidad constitucional, límites políticos en Bruselas y jurídicos en España a la ilimitada primacía del derecho de la Unión.

NOTAS

(1) *La lucha contra la pobreza como objetivo de política económica. Lección inaugural del Curso Académico 2012/2013.* Madrid (Universidad Complutense) 2012.

(2) Cf. mi libro *El Valor de la Constitución,* Barcelona (Crítica), 2003, p. 203 y ss.

(3) «Rechtsstaat y Europa social» en *El Cronista,* n.º 32, Noviembre 2012, p. 60 y ss.

(4) *La Constitución inédita,* Madrid (Trotta), 2003, p. 111 y ss.

(5) Cf. *Memoria 1993,* Madrid, 1994, p. 176.

(6) Agustín Menéndez. «La Unión Europea en el espejo de Lisboa» en Vidal Prado (ed.), *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Alemán,* Madrid (CEPyC), 2011, p. 59 y ss. y es especial, 96 y ss.

(7) *Constitución Española y Constitución Europea,* Madrid (Instituto de España), 2004.

(8) *La Unión Europea y las mutaciones del Estado,* Madrid (Civitas) 1993.

(9) Cf. *Escritos de Derecho Constitucional,* trad. esp. Madrid (CEC) 2011, p. 95 y ss.

(10) «Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario» en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al prf. Díez de Velasco,* Madrid, 1993, p. 1175 y ss.

(11) «Desde el «mientras que» al «sí salvo» (la jurisprudencia constitucional ante el proyecto europeo)» en *Revista Española de Derecho Internacional,* LVII, 2005, 1, p. 89.

19. DERECHOS HISTÓRICOS

Muchas gracias a los organizadores de ese importante seminario por hacerme el honor de ofrecerme la lección de clausura con un título del que yo solamente restaría el calificativo de original. Los derechos históricos no son una categoría original sino que se desarrollan en Europa, al menos desde el siglo XVIII, cuando las Luces de la Ilustración iluminan la realidad humana hasta descubrir que su estructura básica es la historicidad y extraer las consecuencias políticas de ello; pregúntenselo si no a los Caballeritos de Azcoitia.

Desde finales del siglo XIX, los Derechos Históricos son de sobra conocidos por el vasquismo, nacionalista o no, y para mí son tema permanente de investigación y exposición desde hace cuarenta años, la edad de la Constitución de 1978, cuyo 40 aniversario celebramos ahora. Su Adicional Primera dice que los »reconoce y ampara», primera vez desde 1812 que la Constitución se abre al reconocimiento de los derechos históricos y de la foralidad y hace posible el más alto nivel de autogobierno vasco que hasta ahora ha habido. Si hoy se plantea la profundización de este gobierno es gracias a esa Constitución.

Por ello, no pueden extrañarse de encontrar, a lo largo de mi exposición, no solo ideas sino textos que ya figuran en anteriores publicaciones mías. Para servir la finalidad de la citada Disposición Adicional inventé la categoría de «constitucionalismo útil», que también figura en el título de mi lección.

1. ¿Qué significa constitucionalismo útil?

Hay en efecto, dos maneras de entender el derecho y su función. Bien, una *ratio scripta* a la que ha de plegarse la realidad; bien como una flexible aproximación a la vida para encauzarla, sin estancarla, de la manera más pacífica posible. En el primer caso, el derecho funciona como un torturante lecho de Procusto que ha de ajustar el cuerpo social a sus medidas *et pereat mundus.*

En el segundo, requiere una lógica de lo razonablemente eficaz; un ejercicio de finura más que de mecánica, *ut non pereat mundus.*

La primera reitera, en pro de unas normas exaltadas allende el cielo de las estrellas fijas y allí, en consecuencia, congeladas, las rígidas construcciones y, más aún, las estimaciones del viejo Derecho Natural, por más que nieguen tal filiación.

La segunda concepción es más modesta. Considera que el derecho es un mero utillaje para la resolución de conflictos, como tal, obra de cultura y, en consecuencia, siempre relativa a su circunstancia y finalidad. Es decir, a su utilidad.

De la misma manera que el derecho mercantil sólo se explica si sirve para resolver los problemas del tráfico comercial y los conflictos de intereses que suscita, el derecho constitucional ha de servir para encauzar el proceso político, garantizando la paz que requiere estabilidad y el progreso obra de la Justicia y salvaguardar los derechos individuales y colectivos susceptibles de entrar en conflicto entre sí y con aquellos que ejercen el poder. Convertir el conflicto en consenso, la disparidad en unión, es la esencia de lo que R. Smend señaló, acertadamente, como finalidad última de la Constitución y del derecho constitucional: la integración política, haciendo, en consecuencia, de las instituciones constitucionales otros tantos factores de integración.

La Disposición Adicional Primera y sus categorías es claro que tampoco son revelación de un orden trascendente a la propia realidad histórica, sino otra herramienta susceptible de utilización para resolver un problema. Un problema que nadie podrá negar: el largo conflicto de raíz constitucional que se vive en el País Vasco, si bien debemos felicitarnos de que parece superada la fase violenta de dicho conflicto. La confirmación abolitoria de 1839 que culminará en las leyes de 1878 viene precedida de toda una larga ofensiva antiforal. Para ilustrarla basta señalar las agudas premoniciones del P. Larramendi y la obra bien conocida de Llorente. La ofensiva tiene sus raíces en el abandono, a partir de los Decretos de Nueva Planta, del politerritorialismo de la monarquía. Si, por su fidelidad a la dinastía borbónica en la Guerra de Sucesión, Navarra y los restantes territorios vascos se libraron de la suerte corrida por la Corona de Aragón, era claro que su excepcionalidad en la nueva Monarquía española estaba condenada.

Sin embargo, el conflicto no surge hasta la eclosión del moderno constitucionalismo. Según ha expuesto magistralmente Gregorio Monreal, primero, en la Junta de Bayona y la consiguiente Constitución de 1808 cuyo art. 144, nunca desarrollado, anuncia ya la fórmula de 1839; después, en las Cortes de Cádiz donde se perdió, como Bartolomé Clavero ha señalado, la ocasión de

organizar, en la península y en las Indias una Monarquía federal; en fin, a partir del Estatuto Real y la Constitución de 1837, que no parecen dejar cabida a la organización foral. *El Código y el Fuero* como reza el título de Clavero y lo que tras ambos términos late, de un lado el Estado constitucional basado en el principio de legalidad, esto es en la decisión soberana de la «voluntad general» y, de otro lado, la organización foral basada en el pluralismo y el pactismo, resultaban incompatibles. Como recientemente ha puesto de relieve el Pfr. Laporta una y otra concepción responden a dos planteamientos filosóficos diferentes.

La foralidad, a la constatación empírica del pluralismo de identidades y cuerpos sociales; el moderno constitucionalismo, a la hipótesis de una voluntad abstracta, la voluntad general, que decide unilateralmente sobre el conjunto cuya unidad se garantiza mediante la uniformidad. Es importante retener esta disyuntiva fundamental porque sirve para explicar no solo el conflicto inicial entre foralidad y constitucionalismo moderno, sino para iluminar el futuro de los Derechos Históricos, objeto de esta sesión.

Uno de los más brillantes y tardíos exponentes de la Escuela Histórica, Bachofen, reiterando la antítesis planteada por Savigny en 1815 en el frontispicio de la *Zeitschrift für geschlichtliche Rechtswissenschaft,* los sintetizaba así en una famosa lección magistral pronunciada en Basilea en 1841: «La historia de todas las ciencias nos muestra una división de la parte reflexiva de la humanidad en dos partidos principales cuyas distintas concepciones se han combatido siempre y es seguro que nunca dejaran de hostigarse. Uno de ellos se considera a sí mismo como la única fuente de todo conocimiento y en todas sus creaciones apela a la propia razón como juez supremo y la única autoridad… los otros, con menos fantasía y menor arrogancia, no adoran ningún ídolo creado por ellos mismos, no convierten a su razón en su divinidad, sino que se sirven de ella tan solo como instrumento para el conocimiento de lo que ha creado la razón de toda la humanidad y el esfuerzo conjunto de todos los siglos… Aquellos se figuran ser los defensores de la independencia y la dignidad del espíritu humano y maestros de la verdadera filosofía; estos, con menos ambición pero mayor esfuerzo, no apartan su vista de lo dado, no se burlan ni se lamentan de ello, sino que tratan de comprenderlo».

Y, tras este planteamiento general, continúa: «En ninguna rama del saber humano se ha desarrollado de manera tan evidente esta diversidad espiritual y en ninguna ha llevado a oposiciones tan tajantes como en la ciencia del derecho. Los juristas filósofos tratan de extraer de las ideas insertas en ellos un sedicente derecho natural absolutamente perfecto, valido por igual para todas las zonas y todos los tiempos. Con una sonrisa y elegante desprecio contemplan todo lo que la historia ha creado; a los empíricos los consideran como a

servidores cuyo cometido es procurarles todo el material positivo que se compadece con sus teorías a priori y desaparecer enseguida con aquel resto que no es susceptible de adaptarse a ellas…. Para el empírico, por el contrario, la razón es la luz con la que trata de indagar los secretos de lo creado por la historia. Su escenario es la vida y su cometido el conocimiento del espíritu de las instituciones jurídicas. Para el empírico no hay en el derecho ni en ninguna de las otras manifestaciones del espíritu humano ni la absoluta perfección ni un comienzo radical y primario: todo es desarrollo sucesivo, todo un devenir ininterrumpido, todo se concatena en una sucesión natural formando una cadena cuyo último eslabón, como en la célebre alegoría poética, está fijado en el escabel de Júpiter».

Es claro que la noción de derecho histórico que trato de oponer a un derecho supuestamente racional corresponde a la visión historicista y que lo que he llamado derecho racional se me ofrece como un nuevo derecho natural ¿Pero acaso los racionalistas de hoy cuyo normativismo es plenamente positivista pueden considerarse neoiusnaturalistas? ¿No han abominado una y otra vez del derecho natural e incluso han intentado positivizarlo, para no tener que invocarlo, a través de la noción de valores superiores como demuestra el art. 1.1 de nuestra Constitución? Yo más bien los calificaría, utilizando la terminología de González Vicen, de criptoiusnaturalistas por lo que, parafraseando un título famoso, podría denominarse «El recurrente problema del Derecho Natural». Esto es, de un hipotético derecho que no se da en la vida sino sobre la vida, porque pretende regularla a partir de una razón caracterizada por tres rasgos: universalidad, generalidad y normatividad.

Se trata de una razón universal tanto por su origen –Dios o la naturaleza- como por su alcance, pues todo lo abarca al reducirlo a la unidad, esto es al sistema que es la unidad de la pluralidad. Por eso, la razón universal es sistemática y, en consecuencia, por universal y sistemática, generalizadora. Contempla los objetos no atendiendo a la individualidad de cada uno de ellos, esto es a su realidad, sino a lo que tienen de general y, por lo tanto los iguala, aun a costa de su realidad. En consecuencia, esa razón es normativa, porque no acepta las cosas como son, sino que les impone su propia estructura racional. La rotunda expresión de Spinoza –el orden y conexión de las ideas es el mismo que el orden y conexión de las cosas– que pudiera pasar por ingenuo realismo, lo que en verdad revela es el imperialismo racionalista, porque la coincidencia de órdenes y conexiones ideales y reales resulta no de ver los objetos como en realidad cada uno es, sino de imponerles cómo deben de ser. No es el entendimiento el que ha de regirse por el objeto, sino el objeto por el entendimiento, diría Kant una generación después.

Lo que Ortega consideró *El tema de nuestro tiempo,* el tema de todos los tiempos, ha sido la rebelión de la realidad vital contra esta razón raciocinante, abstracta y normativa que, cien veces expulsada hacia «el abismo de la nada», resurge de sus cenizas tratando de sustituir el árbol verde de la vida por una teoría siempre gris y siempre imperialista.

Tal como se deduce del título de mi lección y del sentido entero de este Seminario la cuestión radica en la disposición Adicional Única del EAPV que reza así: *«La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que se establezca en el ordenamiento jurídico».*

2. ¿Cómo identificar a ese nuevo sujeto, el Pueblo Vasco, titular de derechos adquiridos en virtud de su historia? Esto es, los Derechos Históricos ¿Cuáles son?

Ahora que el valor de identidad adquiere creciente relieve en el constitucionalismo contemporáneo, atendamos en la senda abierta por el profesor Castells, a los factores más objetivos de identificación de una comunidad política: el territorio, la lengua y el derecho.

En primer lugar los factores físicos: territorio y población y aquí surge ya una peculiaridad. El EAPV es contundente en cuanto al territorio de Euskadi al configurarlo abierto a la Comunidad Foral de Navarra (art. 2) y, eventualmente a otros territorios (art. 8) Y ello se conecta con el otro factor físico, la población, como es sabido desde la obra de Brunner, generadora y calificadora del territorio a través de la identificación de un orden jurídico de acuerdo y paz. Porque el pueblo vasco, concepto que el EAPV recoge hasta hacer del mismo piedra angular de su sistema político (art. 1 y adicional única), excede de la población de los Territorios Históricos. Y tal asimetría y la consecuente tensión constituye una importante peculiaridad vasca. La entidad política organizada en el Estatuto de Autonomía que comentamos, tiende a ir más allá de sí misma, sea expandiéndose, sea articulándose con otras entidades o territorios que no se consideran ajenos al pueblo vasco. En todo caso un factor material, diría Smend, para la integración de su identidad.

Pero ésta misma *vis expansiva* del espacio vasco, en función de una población étnica dispersa, le lleva a asumir una estructura politerritorial, permanente a lo largo de la historia y que hoy consagra el Estatuto en su artículo 2. Una complejidad que no impide una paralela vocación centrípeta (Irurak bat) que ha analizado y documentado el profesor Aguirreazkuenaga.

Ahora bien, esa politerritorialidad es una policracia, porque los «territorios históricos» en el sentido de la Adicional Primera de la Constitución, muy distintos de las provincias, son otras tantas personalidades políticas, titulares de derechos (arts. 3, 24,2 y 37,2) por sus estructuras y competencias calificables como «fragmentos de Estado». No son la mera determinación espacial de la vigencia de una especialidad normativa como parecía deducirse del texto de las antiguas Compilaciones forales. Han pasado de ser «espacio» a ser «lugar» y se han substantivado en otros tantos *corpora politica, e*co de los viejos «cuerpos de provincia», que no son partes sino miembros integrantes de Euskadi (art. 2.1). La policracia fruto de la politerritorialidad se supera mediante el pacto que ya es una institución jurídica de corte foral.

Tras lo físico, lo cultural. El Estatuto destaca dos factores identificadores de un pueblo que harían las delicias de Savigny: el derecho civil foral, llamado así, según el Preámbulo de la ley vasca 3/1992, para indicar su condición de derecho «propio» y el euskera como lengua «propia» del pueblo vasco. En uno y otro cabe también señalar tensiones.

En el caso del derecho la tensión se produce entre el derecho foral preestatutario y el derecho civil postestatutario. El primero era, fruto de la hibernación producida por los viejos artículos 12 y 13 del Código Civil antes y después, respectivamente, de la reforma de 1974. Un derecho foral fragmentado por las Compilaciones y configurado como una ley personal determinada por la vecindad civil según los artículos 14 y 16.1 CC. El segundo, sobre la base del art. 10.5 EAPV, se determina por la vecindad administrativa que se adquiere por residencia y tiende, por un lado, a potenciar el «realismo» de la ley local al que responde la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 (dictamen del Consejo de Estado número 38.990, de 4 de abril de 1974); por otro, a la territorialización como factor material de integración. La ley vasca 3/1992 de Derecho Civil Foral, en su art. 10 y su interpretación tanto por el Consejo de Estado (dictamen n.º 1537) como por el Tribunal Constitucional (AATC 196/1993 y355/1993), avala estas interpretación a las que, en su día, dediqué algunas páginas.

Pero, además, ese derecho, foral por «propio», se emparenta con el muy elaborado derecho civil navarro recogido en el Fuero Nuevo de 1973, y sus rasgos más característicos, como la autonomía de la voluntad y la defensa de la propiedad familiar, saltan los Pirineos y se revelan en los derechos de Iparralde anteriores a la codificación francesa y aún vivos en residuos consuetudinarios allí vigentes. No hay que ser filosabiniano de estricta observancia, basta con seguir las huellas de Savigny, para poder repetir con los historiadores Font Rius y Gregorio Monreal, «es evidente que existe a nivel jurídico el hecho étnico».

La lengua vasca no es materia de la vieja foralidad, la antecede, es tan natural como ella y se desarrolla junto con la misma. El mito historiográfico del tubalismo reivindica su antigüedad españolista. De lengua legítimamente española la califica el padre Lerramendi en su *Coreografía de Guipúzcoa* (edición Tellechea Idígoras, página 279) y sólo la neoforalidad provincial del siglo XIX y primer tercio del XX tuvo el acierto de fomentar mediante la enseñanza su promoción como factor identitario.

En este caso la tensión asimétrica señalada respecto del territorio es aún más evidente. El euskera, hablado por menos de la tercera parte de la población de Euskadi es allí lengua oficial (art. 6.1 EAPV) y calificada como «lengua del pueblo vasco» que excede el territorio del propio Euskadi (art. 6.5 EACAPV), adquiere cooficialidad en Navarra (art. 9.2 LORAFNA y por ley foral 18/1986, de 15 de diciembre, modificada por la ley foral 2/2010, de 23 de febrero, y ley foral 9/2017, de 27 de junio) y la creciente presencia social en Iparralde al amparo de la normativa del Consejo de Europa sobre las lenguas minoritarias y la nueva normativa que responde a la reforma del artículo 75.1 de la Constitución francesa.

La doctrina distingue en la oficialidad de un idioma cuatro funciones: la forma jurídicamente relevante de los actos, el signo de la pertenencia voluntaria a una comunidad cultural, factor objetivo de reconocimiento de dicha pertenencia, bien cultural a tutelar, y en todas ellas resulta claro que su función identificadora es determinante. Ello es evidente cuando se trata de afirmar la pertenencia a una comunidad o de tutelar uno de sus factores de identificación como es el patrimonio lingüístico. Pero lo es más todavía cuando la reglamentación jurídica de la lengua como forma relevante de los actos jurídicos supone substituir el criterio económico de la mayor utilidad de un idioma por el criterio legal de preferencia por otra lengua. Esa opción legal no responde a criterios de utilidad sino de identidad. La lengua no se oficializa por ser más útil al grupo para su comunicación exterior e interior. Para ello bastaría dejar la opción a la libre competencia interlingüística, sino para la autoidentificación del propio grupo y a ello responde la política lingüística postestatutaria. Es, sin duda, más útil aprender inglés en la escuela local, que euskera, pero éste, como el danés, holandés o noruego en sus respectivos países, sirven para identificarse como miembros del propio pueblo y aquel solo a los pueblos de habla inglesa. El que la lengua minoritaria sea tenida y estimada como propia no es raro. Así fue el caso del hebreo en Israel durante varios años, hoy lo es del gaélico en Irlanda y del luxemburgués en Luxemburgo desde 1984, y, sobre todo, del hindi en la India, la más grande democracia del mundo. Pero no debe olvidarse que el énfasis excesivo en una lengua minoritaria aun considerada como propia e identificadora de la comuni-

dad plurilingüe puede provocar reacciones adversas que erosionen esa misma condición identificadora de la lengua propia.

El futuro de ambos factores de identificación y posible integración tampoco es evidente. Si el euskera se ha normalizado y expandido y considerado «lengua propia» incluso por quien no lo habla, es minoritario en toda Euskal Herría, y respecto al derecho privado siguen vigentes las reiteradas admoniciones de un gran conocedor de la materia, Adrián Celaya, respecto al déficit de su práctica y análisis doctrinal.

Pero la mayor amenaza que hoy sufre el derecho civil foral y no solo en Euskadi es la extensión de las normas mercantiles, exclusiva competencia del Estado según el artículo 149.1.6.º de la Constitución a lo que tradicionalmente han sido relaciones civiles. Tal fue el tenor del proyecto de Código Mercantil elaborado por la Comisión General de Codificación que no prosperó gracias al dictamen contundente del Consejo de Estado (837/2014 aprobado el 29 de enero de 2015).

3. El examen, por somero que sea, de estos factores de identificación e integración arrojan un balance ambivalente lleno de «evidencias e incertidumbres» como reza el subtítulo del importante libro del profesor Castells so*bre El hecho diferencial de Vasconia.*

El territorio es indispensable e indiscutible, pero aparece fraccionado y siempre incompleto; la lengua propia es, a la vez, minoritaria; el derecho aun en vías de recuperación, trasformación y asentamiento Y, pese a tamaña fragilidad todos ellos aparecen nimbados de un plus de significado, de un superávit de sentido. El territorio supera su fraccionamiento, *irurak bat; l*a lengua se hace «propia» entre quienes la desconocen; y el derecho civil se territorializa.

Más allá de su materialidad, territorio, derecho civil foral y lengua, se caracterizan por su singularidad –de ahí el calificativo de «propio»–, su mutabilidad –en función de las diferentes circunstancias temporales– y la pasión afectiva que suscitan en el imaginario colectivo. Como señaló Castells en la obra antes citada, se enraízan en el indispensable sustrato foral. Y es en esa foralidad, aun trascendiéndola como el árbol trasciende a la raíz, donde tienen su origen los Derechos Históricos mediante una doble novación. Novación tanto objetiva porque cambia su contenido, como subjetiva porque cambian sus titulares.

Primero la novación objetiva, porque de la reivindicación de determinadas instituciones forales, pasando por la del statu quo anterior a 1841, se pasa a transformar la foralidad, esto es, un conjunto de normas (muchas de ellas de derecho privado), instituciones y atribuciones, en «derechos históricos», expresión nunca plenamente concretada en un determinado conjunto normati-

vo en la que se apunta lo que denominaré su versión existencial: la expresión jurídica de la personalidad política de un pueblo. No se trata ya de dónde se ponen las aduanas o cómo se eligen las Diputaciones ni de la extensión de las competencias sanitarias por importante que hoy ello sean sino de una identidad diferenciada. Por eso, las tres tradiciones que cabe distinguir en el autogobierno vasco, a saber, la estrictamente foralista, la estatutaria o autonomista y la concertista, coinciden en la categoría de «Derechos Históricos». La foral, porque los Derechos Históricos aluden expresamente a ella y de ella desciende genealógicamente; la autonomista, porque se articula como subsidiaria de aquella desde la propuesta de las Diputaciones en 1918 y se plantea como forma de actualización de estos; y la concertista, porque el Concierto es un Derecho Histórico de raíz foral, según dice expresamente su normativa sobre la base del art. 41 del Estatuto. Los derechos así novados no son derechos subjetivos. Su analogón son lo que los civilistas han denominado derechos de la personalidad o el derecho internacional clásico llamaba derechos de los Estados en los que sujeto y objeto coinciden y se confunden. Como tales son indisponibles y por lo tanto irrenunciables e intransmisibles. La disposición del objeto supondría la extinción del sujeto, puesto que sujeto y objeto son uno.

Segundo la novación subjetiva. En efecto, desde 1839 acá los sujetos de la foralidad han cambiado. De tener una base eminentemente municipal, la foralidad se provincializó primero y se ha comunitarizado después. La doctrina ha descrito el proceso de provincialización de la foralidad a lo largo del siglo XIX y primer tercio del siglo XX. Son las instituciones de las tres provincias vascas «cuerpos de provincia» junto con el Reino de Navarra lo que, al final del Antiguo Régimen, constituyen el entramado del sistema foral y su protagonismo es ya entonces mucho más relevante que el de los municipios que lo componen. Lo que preocupa a Larramendi es Guipúzcoa y no Andoniain ni sus otros municipios. Y es lógico que las instituciones centrales de cada Provincia, Juntas y Diputaciones adquieran cada vez mayor protagonismo y suprimidas las primeras, la Diputación foral adquiera plena hegemonía como ocurre en Navarra cuando desaparecen las Cortes del Reino. Por otra parte, las investigaciones del pfr. Aguirreazkuenaga han señalado el proceso de convergencia entre los territorios vascos a través de las Conferencias de Diputaciones ya en el siglo XVIII, proceso que se continúa y acentúa a lo largo del siglo XIX y que plasma en todos los proyectos autonómicos que ven la luz en la centuria siguiente.

La novación subjetiva así incoada culmina en el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 en la que el territorio de Euskadi resulta ser, en sí mismo, un territorio foral como sus integrantes Vizcaya, Álava y Guipúzcoa. Tesis que

yo defendí en 1987, sobre la base del propio Estatuto (v. gr. arts. 16, 17, 22.1.a/) y fue reconocida por el Tribunal Constitucional al año siguiente (STC 76/1988).

Los territorios forales que en el Código Civil, incluso tras la reforma de 1974, eran «espacio» de vigencia de una normas, se sustantivan en la Adicional Primera de la Constitución, haciéndose «lugar» titular de derecho y más aún en el Estatuto de Gernika de 1979, como integrantes de Euskadi (arts. 2 y 37) y se subliman, después, en una magnitud no ya territorial sino popular, no extensiva sino intensiva, en la Adicional única de dicho Estatuto que hace al Pueblo Vasco titular de los Derechos Históricos. Quienes se escandalizan de tales términos deberían leer a Kant, el ilustrado por excelencia.

Los derechos históricos no se identifican claro está con las instituciones y las normas de los viejos Fueros, pero surgen de su historicidad. Esa categoría decantada, como antes dije, en la Ilustración y cuyos rasgos característicos son la singularidad de lo fáctico, su capacidad de mutación temporal y la afectividad ¿No es acaso su infungibilidad, su adaptación a las más diferentes circunstancias, algo en lo que más adelante insistiré y la pasión que ha suscitado y aun suscitan en el imaginario colectivo, lo que caracterizó la foralidad madura?

4. El resultado de todo ello es que el Pueblo Vasco se identifica, es decir se autodefine por su secular titularidad de unos derechos históricos. De nación foral le ha calificado recientemente el Lehendakari Urkullu. Unos derechos históricos de contenido en permanente evolución, pero con tres rasgos constantes, la identidad, la originariedad y su carácter paccionado.

Primero, la identidad propia y diferenciada del cuerpo político. Una identidad propia que no significa superioridad ni extrañeza, pero sí heterogeneidad e infungibilidad. La identidad es, en este como en otros casos, constituyente. No es sin duda inmutable. La identidad de una comunidad política evoluciona orgánicamente, pero no acepta la subitaneidad del tránsito ni es disponible. La identidad ni se inventa ni se improvisa ni se puede renunciar porque ello eliminaría la propia subjetividad de quien lo hiciera. Un cuerpo político no puede saltar al margen de su sombra sin perder sombra al amparo de la que cobijarse. ¿Imagínense ustedes al Parlamento Vasco sustituyendo el euskera como lengua propia por cualquier otra lengua europea?

Segundo, el carácter originario de la foralidad, esto es, mitos historiográficos aparte, su espontaneidad, como espontánea es la vida de un pueblo, diría Savigny. Y de ahí viene la originariedad que hoy se predica, incluso en el vigente bloque de constitucionalidad, de los derechos históricos. La disposición adicional primera de la Constitución «reconoce y ampara» los derechos históricos como ya preexistentes. No los crea, como crea al Tribunal Constitu-

cional, entre otras tantas instituciones. La expresión paralela del artículo 10 de la Constitución Española, relativa a «derechos y libertades» que la Constitución «reconoce» pero evidentemente no crea, permite acuñar una nueva categoría a insertar en el bloque de constitucionalidad.

El ilustre y malogrado Ignacio de Otto señaló en su día que existían en dicho bloque «normas interpuestas» que condicionaban la creación de otras del mismo rango, primaban sobre ellas y servían de parámetro de constitucionalidad. Tal era el caso de los Estatutos de autonomía, aprobados por leyes orgánicas y que, sin embargo, priman sobre otras leyes orgánicas. Gran parte de la doctrina ha considerado que esta tesis ha sido rechazada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 26 de junio, relativa al recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña por la LO 6/2006, de 19 de julio. Sin embargo, a mi juicio dicha interpretación compartida por tirios y troyanos no es exacta. La citada sentencia puede interpretarse en otro sentido porque literalmente dice «Los Estatutos de Autonomía se integran en el ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica… La ley orgánica es en definitiva jerárquicamente inferior a la Constitución y superior a las normas infralegales dictadas en el ámbito de su competencia propia y es condición de la invalidez causada desde la Constitución respecto de aquellas normas que desconociendo la reserva de ley orgánica infringen mediatamente la distribución competencial ordenada desde la norma jerárquicamente suprema… Así las cosas, la posición relativa de los Estatutos respecto de otras leyes orgánicas es cuestión que depende del contenido constitucionalmente necesario y, en su caso, eventualmente posible de los primeros». Esto es, la Sentencia no aplica mecánicamente la relación entre leyes orgánicas atendiendo a que la posterior deroga la anterior sino que se remite al principio de competencia tal como se establece o pudiera establecerse por el Estatuto de Autonomía respectivo en virtud de la distribución competencial basada en la Constitución siempre jerárquicamente superior» (FJ 3). Y la misma Sentencia recuerda que como ya estableció la 247/2007, de 12 de diciembre, el Estatuto puede tener un contenido adicional a lo que resulta expresamente de un mandato constitucional o de una autorización explícita del constituyente (FJ 4).

Sobre esta pauta, yo propuse años ha, la categoría de «normas superpuestas», ajenas a la Constitución, a las que la Constitución se remite pero que ni el propio constituyente puede derogar, porque tampoco las creó. Tal sería el caso de la Declaración Universal de Derechos del Hombre a que se remite el artículo 10.2, la foralidad reconocida en la Disposición Adicional primera. Y el profesor Clavero señala el paralelo canadiense que reconoce este tipo de normas en los tratados con las naciones aborígenes.

Tercero, su condición paccionada se da en su autodisposición interna y externa, mediante pacto interior y exterior. Prueba de lo primero es la génesis del Consejo General Vasco en 1979 y los artículos 2.1 y 3 del mismo Estatuto, que muestran lo que un gran comparatista italiano, Antonio Lapergola, denominaría «huellas de pactismo en un texto unitario». Y prueba de lo segundo la misma relación con el Estado, como queda claro en el carácter paccionado de la ley de 1841 de Navarra, el otro territorio foral, carácter mucho tiempo discutido y formalmente reconocido en el vigente Amejoramiento del Fuero de 1983 y en la decantación del Concierto Económico vasco, resto de la foralidad en tiempos abolitorios y, con razón, calificado ya por la doctrina de «nuevo derecho histórico. Expresamente reconocido en el Amejoramiento navarro está implícito respecto del Estatuto vasco en lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitución.

En cuanto a su actualización y desarrollo, son un a priori formal que exige pactar su contenido. Exigen el pacto, y su contenido es lo pactado, afirmó García de Enterría a la hora de reconocer como vigentes categorías tales como las de derechos históricos y leyes paccionadas, concepto este último cada vez más difundido en el Derecho público.

El principio pacticio exige, primero, negociar y acordar lo que hay que decidir; segundo, lealtad a lo pactado de acuerdo al principio de buena fe; y, tercero, que la interpretación, y más aún la modificación de lo pactado, no puede quedar, directa o indirectamente, al arbitrio de una de las partes, sino ser, a su vez negociada y acordada.

Ahora bien ¿el pactismo, esencia del derecho privado, es compatible con el derecho público del Estado constitucional construido sobre el principio de legalidad? La pregunta resulta ociosa ante la evolución del derecho público de nuestros días, en gran medida supradeterminado por un derecho internacional cuya institución fundamental, incluida su versión comunitaria es el pacto. Y las principales ramas del derecho del Estado optan en extremos capitales por las técnicas negociales y las soluciones pactadas (en este volumen n.º 20).

5. ¿Y cuál es la incidencia de todo ello en el derecho a decidir? ¿Qué es en realidad éste? La autoidentificación, autodelimitación y, sobre todo la autodecisión sobre la forma del propio vivir colectivo. Es decir la decisión soberana que hoy se define como la competencia de la competencia. Esto es, la capacidad de decidir sobre qué competencias se tienen, cuáles se delegan, cuáles se comparten, cuáles se recuperan. Y este es el concepto más acorde con la realidad política y jurídica de nuestros días; un concepto que requiere dos matizaciones, relativas tanto a su finalidad como a su ejercicio.

En cuanto a lo primero, la competencia, toda competencia supone una atribución de potestad, esto es, una capacidad de hacer –lo que Duguit calificaba de «energía»– y es claro que todo hacer es intencional, esto es, responde a una causa final. El actuar es teleológico. A mi juicio, que comparto con el padre del realismo americano Hans Morgenthau, hoy la soberanía tiene como principal objetivo la defensa de la propia identidad, valor en alza en el constitucionalismo comparado.

Volviendo a los términos y las categorías antes expuestos, resulta que la autodecisión garantiza la autoidentificación que en el caso vasco pende de los Derechos Históricos. Y los Derechos Históricos se actualizan mediante pacto, esto es codecisión. Una palabra peligrosamente erizada de pico y garras cuya peligrosidad la esteriliza. Al principio pacticio capaz de hacer del derecho a decidir una pacífica y fecunda expresión «de tiro», útil al cultivo de la propia identidad en el seno de la convivencia.

¿Así entendidos qué es lo que los Derechos Históricos del Pueblo Vasco pueden aportar a la profundización de su autogobierno, objeto último de este Seminario? A mi juicio cinco importantes elementos a desarrollar en la futura actualización del régimen autonómico de Euskadi.

Primero, el reconocimiento, en el bloque de constitucionalidad del Estado de la identidad del Pueblo Vasco, una identidad singular, diferenciada, constituida, esto es determinada y configurada, por la titularidad de tales derechos. Los Derechos Históricos servirían así –y no fue otra la intención de los redactores de la Adicional Primera de la Constitución– de engranaje entre el sustrato foral y el constitucionalismo del Estado moderno.

Segundo, mediante su completa actualización los derechos históricos dejarían de ser un impreciso horizonte reivindicativo para dar una definitiva legitimación al autogobierno vasco.

Tercero, la bilateralidad de la relación con el Estado.

Cuarto, el carácter pacticio de tal relación. Esto es su inderogabilidad e inalterabilidad unilateral de lo pactado, tanto por parte del Estado como por parte de las instituciones vascas. De ahí que la actualización prevista en la Adicional única debería hacerse, previa cuidadosa y prudente preparación política, doctrinal y jurisprudencial, por la vía prevista en el artículo 152 de la Constitución.

Quinto, se trata de un pacto de Estado que inserta a las partes en un nuevo orden de vida. El Estado y el Pueblo Vasco, institucionalizado en Euskadi, asumen la existencia de un cuerpo político, Euskadi, inescindible del Estado español concurrente y partícipe en sus instituciones que son comunes, pero nunca disuelto en el mismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRREAZKUENAGA, *La articulación político-institucional de Basconia. Actas de Las conferencias firmadas por los representantes de Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y, eventualmente, de Navarra (1875-1936),* Bilbao, 1995, especialmente el denso Estudio preliminar pp. 1-87

BRUNNER, *Land und Herrschaft,* Viena, 5.ª ed. 1965.

CASTELLS, *El hecho diferencial de Vasconia,* San Sebastián, 2007.

CLAVERO, *El Código y el Fuero,* Madrid, 1983.

— «Reconocimiento de la Constitución Vasca interforal en la Constitución Española» en VV.AA. *La cuestión foral ayer y hoy (Jornada celebrada en Vitoria-Gasteiz el 26 de Enero del 2016)* Vitoria (Parlamento Vasco), 2016.

DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes,* Barcelona, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo a del Burgo, *Introducción al estudio del Amejoramiento del Fuero (Los Derechos Históricos de Navarra),* Pamplona, 1987.

HERRERO, *Idea de los Derechos Históricos,* Madrid, (Austral), 1991.

— *Derechos Históricos y Constitución,* Madrid (Taurus), 1998.

LAPORTA, «Los Derechos Históricos en la Constitución. Algunos problemas teóricos» en LAPORTA y SAIZ, *Los Derechos Históricos en la Constitución,* Madrid, 2006.

LARRAMENDI, *Sobre los Fueros de Guipúzcoa,* ed. Tellechea Idígoras, San Sebastián (Real Sociedad Vascongada de Amigos del País), 1983.

— *Coreografía de Guipúzcoa,* San Sebastián, 1979.

MONREAL, «Fueros en los territorios vascos y unidad constitucional española» en Arbaiza (ed.), *La cuestión vasca. Una mirada desde la historia,* Bilbao, 2000.

MORGENTHAU, «Another "Great Debate" The National Interest of the United States», *The American Political Science Review* XLVII, 4, 1952, p. 961 y ss.

SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht,* Munich, 1928.

20. EL RETORNO DEL PACTISMO

«El universo ha perdido de la noche a la mañana su centro y al amanecer tenía miles, de manera que ahora, cada uno y ninguno será su centro. Repentinamente ha quedado muchísimo lugar. Nuestras naves se atreven mar adentro, mis astros dan amplias vueltas en el espacio y, hasta en el ajedrez, las torres saltan todas las filas e hileras»

(Brecht, *Galileo Galilei,* Acto I)

I

Entiendo por pacto la relación jurídica, ya simple, ya, más frecuentemente, compleja, caracterizada por los siguientes rasgos. En cuanto a los sujetos, equilibrio; respecto del objeto, disponibilidad; en relación a la forma, elasticidad. Sin duda, el negocio jurídico privado cuya más importante manifestación es el contrato, constituye el ejemplo típico del pacto. Pero es claro que semejante figura es susceptible de muy diversas posibilidades, sea por la asimetría estructural de las partes, la estabilidad del objeto y el grado de elasticidad en la creación y mantenimiento de la relación. La conocida distinción entre el contrato y la unión de voluntades como formas distintas del pacto es buena prueba de ello.

Es claro que nunca ha podido identificarse el pacto con el derecho privado, porque toda una rama del derecho público, el internacional, ha tenido hasta hace poco y aún tiene como idea central la del pacto entre los Estados y si cabe definir el Derecho Público como el conjunto de relaciones orgánicas articuladas por un principio de jerarquía y al servicio de una meta trascendente (Guasp, 1971, p. 459), la adhesión a la meta y la sumisión a la jerarquía pueden

establecerse mediante pacto y así ocurre cada vez más frecuentemente como muestra la expansión de la figura del contrato administrativo en sus varias formas. Pero no es menos cierto que el derecho público interno moderno y aún contemporáneo, construido sobre la noción de soberanía, expresada a través de la ley, parecía excluir de su seno todo posible pacto, puesto que es propio de la soberanía imponerse unilateralmente a todos y todo en su propio ámbito territorial. Ni cabe que la soberanía pacte ni puede pactarse sobre la decisión soberana de acuerdo al brocardo «ius publicum privatorum pactis mutari nequit». Y semejante concepción, elevada a categoría de dogma en lo que se denominó Estado legal (Carré de Malberg, 1923) y en su posterior versión de Estado constitucional, ha tenido importantes consecuencias. Desde dificultar la génesis del contrato administrativo, puesto que parecía contradictorio que el poder público pudiera contratar con particulares, hasta considerar vitanda la idea de ley paccionada. Y es claro que, como la experiencia demuestra, de los prejuicios doctrinales pueden seguirse importantes dificultades políticas para alcanzar soluciones satisfactorias a los conflictos que el derecho y sus cultivadores deben tratar de solucionar, nunca empeñarse en empecinar.

El propósito de estas líneas es señalar cómo, en el derecho público de nuestros días, el pacto es algo frecuente y que, por tanto no puede oponerse a su utilización, allí donde la conveniencia o incluso la necesidad lo aconseje, el dogma de su incompatibilidad con la idea de unidad de la soberanía estatal. Antes al contrario, de su aceptación se podrá deducir una idea más realista y funcional de ésta.

Con tal fin, partiré de distinguir las tres ramas principales del derecho público interno –el procesal, el administrativo y el constitucional (Guasp, 1971 p. 469 y ss)– para señalar, con toda la brevedad del caso, la presencia en las mismas del principio pacticio. No pretendo descubrir nada, sino señalar, a través del derecho positivo, de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina más autorizada y pacífica, lo que es pacífica evidencia, permitiéndome tan solo extraer las lógicas consecuencias de ello: la formulación de un principio general, el Principio Pacticio, de especial incidencia en el derecho constitucional.

En cuanto al derecho procesal, aquella rama del derecho público ordenada a la satisfacción de pretensiones de acuerdo con el derecho objetivo, sabido es que el más arcaico fue, por doquier, de naturaleza arbitral, esto es pactada. Solamente la experiencia de las ciudades lombardas, las figuras canónicas y la recepción del derecho romano tardío («extraordinaria cognitio») permitió construir una jurisdicción ajena y heterónoma respecto de las partes en litigio. Merced a ello, hoy día, las relaciones jurídico-procesales pueden caracterizarse por rasgos que están en las antípodas del pacto. Frente a la igualdad subje-

tiva, disponibilidad objetiva y flexibilidad formal de éste, son desiguales, dada la superioridad del juez sobre las partes, indisponibles y rígidas.

Ahora bien, dicho esto, como ha puesto de relieve la doctrina, al menos desde Kohler (1894), existen normas procesales que solo pueden completarse e integrarse atendiendo a la voluntad de las partes. Por ello se ha hablado y se habla de contratos procesales. Y junto al proceso, y como alternativa al mismo, para la satisfacción de autenticas pretensiones, al menos en el sentido sociológico del concepto, aparecen, cada vez con mayor fuerza, las instituciones y procedimientos arbitrales de clara naturaleza contractual (Guasp, 1956, p. 24, Hinojosa 1991, p 56), y la capitidisminución que respecto de todo ello suponía la garantía de la tutela judicial efectiva se retrae poco a poco. Así resulta, en el caso español de la comparación entre las leyes reguladoras del arbitraje de 1953, 1988 y 2003 y de la propia interpretación que al efecto el TC hace del art. 24 CE.

En el derecho administrativo, paradigma del Estado legal, la realidad muestra el progresivo auge del principio pacticio en lo que cabe considerar los cuatro grandes pilares de esta rama del derecho público: la legalidad, la prestación de servicios, el procedimiento, incluidos los recursos, y la responsabilidad de la administración.

En cuanto a la legalidad, la denominada autorregulación ha supuesto el retraimiento del poder público de ámbitos en los que tradicionalmente intervenía, ya como regulador al fijar las normas, ya como prestador de los servicios públicos, para que sean los propios administrados quienes establezcan, asuman y garanticen las normas reguladoras del sector o preste, en régimen de competencia al público, lo que antes era propio de la actividad administrativa. Se dirá, no sin razón, que, en último término es la ley la que sanciona la autorregulación, necesitada siempre de una ultrarregulación, ya, a su vez, en vías de autorrealizarse. Pero, en todo caso, el contenido de la regulación nacerá del acuerdo entre las partes y a ello se remite la norma que «reconoce la fuerza vinculante de los convenios» (art. 37.1 CE), principio que la práctica muestra va mucho más allá de las relaciones laborales, puesto que es consecuencia del pluralismo proclamado con carácter general en el art. 1.1 CE (cf. STC 39/1986, FJ 4.º). No es ya la ley la que formaliza la voluntad de las partes dándole carácter de norma, sino que la ley estatal se limita a reconocer como norma lo que las partes han decidido, remitiéndose a ellas (Muñoz Machado 2006, p. 1267 y ss).

Por otro lado, el desarrollo de las clásicas técnicas de fomento que trataban de implicar al administrado en la consecución de los objetivos establecidos por la administración y la gestión indirecta de los servicios y las obras

públicas mediante técnicas concesionales, son los precedentes inmediatos de lo que se denomina administración concertada, característica de la intervención administrativa actual en la prestación de servicios, el urbanismo, las relaciones sociales o la ordenación de la economía. Sin duda, su naturaleza es discutible desde el punto de vista de las categorías y, a quienes la consideran netamente contractual, se opondrán las tesis cuasicontractualistas –lastradas por la propia crisis del concepto de cuasicontrato– e incluso quienes consideran que las cláusulas concertadas son meras cláusulas modales que articulan la adhesión a reglamentaciones unilateralmente establecidas por la administración. Pero es indudable que, cualquiera que sea la calificación doctrinal, se trata de una colaboración entre la administración y los administrados, presidida por la autonomía de la voluntad. Un concierto de voluntades cuyas motivaciones psicológicas nunca pueden desvirtuar una causa netamente contractual, incluso cuando de contratos de fijación se trate. El entusiasmo con el que la más autorizada y ortodoxa doctrina ha recibido la noción de administración concertada es el mejor aval, si no de su acierto, sí de su actualidad (García de Enterría-TR Fernández, 1977, I, p. 647).

En cuanto al procedimiento, tercer gran pilar del derecho administrativo, la evolución del derecho español es paradigmática. El procedimiento se concibe por el legislador, desde la precoz Ley de 1889 a la de 1958, como una institución en la cual la producción del acto administrativo, incluso cuando responde a la instancia de los administrados, se supraordina a estos como algo heterónomo, unilateral y rígido. Hay, incluso, explícita voluntad de independizar la acción administrativa respecto de los administrados, considerando la objetividad del procedimiento garantía fundamental de aquellos. Si se comparan la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 con la Ley de Contratos de 1965 es evidente que el acto, fruto del procedimiento y el contrato, son dos formas opuestas del actuar administrativo, oposición hoy superada tanto por la expansión de la figura contractual, desde la ley de 1965 y de su reforma en 1993 y la Ley 9/2017, como por la introducción de formas convencionales en el procedimiento.

En efecto, pese a la escasa elaboración doctrinal al respecto, la práctica sectorial desarrolló técnicas convencionales que sustituían la decisión unilateral de la administración a través del procedimiento, por el concierto con los administrados, no solo de hecho, sino formalmente, como es el caso de los convenios expropiatorios y urbanísticos, de los conciertos fiscales o de la negociación colectiva en la función pública. La ley 30/1992 de 30 de Noviembre, en su artículo 88 y después la Ley 39/2015 en su artículo 86 extraen la consecuencia de todo ello y generalizan la posibilidad para las Administraciones

Públicas de «celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado… pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos…» Con ello, al admitir con carácter general la terminación convencional del procedimiento administrativo, el derecho español, que tan precoz fuera a la hora de codificar las instituciones procedimentales, termina siguiendo una tendencia comparada de la que son buenas muestras la ley alemana de 1976 o la italiana de 1990.

No me interesa ahora, por considerarlo innecesario, investigar los posibles fundamentos constitucionales del art. 88 y 86 citados sino señalar lo que, con razón, se ha calificado de significado institucional en función del carácter estructural –«básico aunque no fundamental», diría Pérez Serrano– de la citada ley destacado por la doctrina. Un significado institucional consistente, tanto en la permanencia en el derecho público de la autonomía negocial de la administración pública, como en el reconocimiento de los terceros en cuanto partes de dicha negociación y subsiguiente pacto.

Una consecuencia directa de esta afirmación general del principio pacticio es su expansión al campo de la responsabilidad patrimonial de la administración, de lejanos precedentes en la vieja administración militar y que, sobre la base del citado art. 86 de la Ley 39/2015, generaliza el Reglamento de 26 de Marzo de 1993 (cap. II y III). A tenor de lo dicho, el principio pacticio puede considerarse emergente y aún pujante en nuestro derecho administrativo.

Lo dicho sirve para señalar la progresiva expansión del principio pacticio en ramas del derecho público, conceptualmente secundarias, pero de la mayor importancia tanto práctica como doctrinal. En cuanto a la primera, los jueces y funcionarios acompañan la vida del ciudadano «de la cuna a la tumba» y les hacen sentir su buen o mal hacer más cercano que el de las instituciones constitucionales. Respecto de la segunda, no puede olvidarse lo que la teoría general del Estado debe, especialmente en España, a procesalistas y, más todavía, a los administrativistas. Que en ambos campos se acepte, incluso con entusiasmo, el pactismo, debería hacer reflexionar a quienes cultivan el derecho constitucional.

Porque, en efecto, es allí donde mayor importancia tiene la emergencia del principio pacticio, hasta el punto de que, como traté de mostrar en un par de libros (Herrero, 1991, p. 110 y ss. y 1998, p. 317 y ss.), su aceptación supone la renovación de muchos de los conceptos de la Teoría de la Constitución clásica. Pero es en derecho constitucional donde mayor polémica suscita el reconocimiento del principio pacticio, puesto que allí se sigue afirmando más vigorosamente la noción de soberanía (cuyo auténtico sentido no se opone,

antes al contrario, al pacto), aunque sea bajo el eufemismo de «soberanía de la Constitución», vacía ilusión potenciada por la disolución, propugnada por Kelsen, del poder en norma, de la voluntad en lógica.

Y, sin embargo, es en derecho constitucional, llamado ineluctablemente en nuestros días a dar cuenta del policratismo del propio Estado y de su inserción en órdenes supraestales (cf. Häberle, 1996), donde el principio pacticio puede dar sus mejores frutos. Por ello es importante rastrear sus huellas en el campo constitucional.

Primero, en el mismo origen de la Constitución cuya consideración realista obliga a disolver la noción clásica de poder constituyente como unitaria, unilateral e incondicionada, en ácido pactista y a reconocer lo que Lasalle denominó «fragmentos de constitución», actores cuando no sujetos del proceso constituyente cuya importancia política obliga a darles relieve jurídico si la doctrina del poder constituyente ha de responder a la realidad. La pérgola, ha rastreado, en el espíritu de Calhoun, las huellas del pactismo en las Constituciones federales y aun menos federales (1994). Las constituciones, en apariencia otorgadas, fueron pactadas y la ruptura del pacto acabó con ellas (v. gr. Francia 1814-1830); el doctrinarismo, que inspiró gran parte del constitucionalismo decimonónico, era una versión del pactismo y hoy día el consenso constitucional supone un pacto todavía más amplio. Si la constitución es integración (Smend), su factura y permanente vitalización solo puede ser obra de la concurrencia de voluntades de los integrados. En anteriores ocasiones he abundado sobre tal extremo (Herrero, 2003, p. 34 y ss. y 75).

Segundo, atendiendo al sentido mismo de la Constitución. La II.ª postguerra, continuó, ingenuamente, algunas de las frustradas «nuevas tendencias» del constitucionalismo posterior a la I.ª G.M., y concibió la Constitución como una superlegalidad omnicomprensiva, organizadora de todos los poderes públicos, reguladora de su actividad y garante de la sociedad toda, cuya efectividad se aseguraba mediante una jurisdicción constitucional. No solo el derecho descendía en majestuosa cascada desde la Constitución a los actos de ejecución administrativa, sino que la propia política era mera ejecución de las directrices constitucionales y el legislador, no menos que el juez o la administración, la invocaba para justificar cada una de sus actuaciones o medidas. Se trata de una verdadero «empeño en remitirse a la ejecución de la Constitución» (Stern), fruto de la doctrina kelseniana de reducir política a derecho. Fue en pleno triunfo del kelsenianismo cuando, paradójica y significativamente, el propio Kelsen debía de optar por el exilio y la enseñanza en una Facultad de Letras. Para comprobarlo basta atender, como fruto tardío de dicha tendencia

–siempre a la penúltima moda, decía Clarín–, a los preámbulos de muchas de nuestras leyes postconstitucionales.

Sin embargo, pronto la realidad volvió por sus fueros y una sociedad abierta exigió una interpretación abierta de la Constitución. Como he señalado en otro lugar (Herrero, 2003, p. 45 y ss.), abierta en dos sentidos. Por un lado, Constitución abierta a un proceso público de interpretación, del cual no es la menor de las manifestaciones la concertación política que en tantas ocasiones sustituye cuando no vincula al propio legislador y que es de índole claramente convencional (Aparicio, 1985, p. 195 y ss.). Baste pensar, por solo poner ejemplos españoles, desde los Pactos Autonómicos de 1982 –generadores de una verdadera «convención constitucional» a juicio de Vandelli (1982)– a los pactos antitransfuguismo, pasando por el AISS o los diferentes pactos locales. Por otro lado, lo que aquí interesa aún más, Constitución abierta estructuralmente a realidades supra, para e infra estatales, como es el caso de la integración inter y supranacional, los derechos humanos y los nuevos regímenes de minorías. Es evidente que dicha apertura se realiza frecuentemente por vía de pacto, porque el Estado se entiende con entes distintos a él mismo. Así se reconoce doctrinal y jurisprudencialmente en cuanto al ejercicio mancomunado de la soberanía en la Unión Europea (vd. STC alemán 12 de Octubre de 1993, con ecos en el Conseil Contitutionnel francés y, a veces roncos, en el TC español, Declaración 1/2004 de 13 XII) y sería absurdo negar la posibilidad entre los miembros de una comunidad que se autocalifica de nacional como la española, de lo que se acepta en una sociedad internacional. Las cláusulas de apertura constitucional serán, así, permanentes ofertas de integración, de manera que la Constitución, al decir de Zagrebelsky (1997), aparece más que como un centro del que partir, un centro por alcanzar, una construcción permanente, en cuanto faz jurídica de un constante vivo proceso de integración política.

Tercero, la mejor prueba en este sentido la ofrece nuestro propio bloque de constitucionalidad que expresamente reconoce el carácter paccionado de las relaciones de Navarra con el Estado. En efecto, la naturaleza paccionada de la ley de 1841, siempre impugnada desde fuera del antiguo Reino, fue constantemente afirmada por los foralistas navarros cuya «vigorosa tenacidad» –la expresión es de García de Enterría (1987, p.13)– consiguió, desde el RD de 21 de enero de 1971 hasta el de 26 de Enero de 1979, pasando por el Fuero Nuevo de 1974, reafirmar una categoría doctrinal que sentó plaza de convención constitucional (Santamaría Pastor, 1992, p. 49) hasta ser formalmente recibida en la LORAFNA de 1983 (arts. 1, 2, 64, 71 ect.). El pactismo navarro, guste o no, es hoy una realidad positiva que solo puede poner en duda si se prescinde del derecho positivo.

Sin embargo, la inercia de la vieja dogmática ha impedido y aún impide reconocer lo evidente. Se está dispuesto a aceptar que la concertación política sustituye de hecho al legislador, pero se insiste en atribuirle solo a éste la fuerza de obligar. Se está dispuesto a admitir que el régimen jurídico-político navarro ha sido pactado y no puede variarse unilateralmente sino mediante pacto, pero se ponía y aún se pone énfasis en la afirmación de que la fuerza normativa de la ley de 1841 procedía de la decisión soberana de las «Cortes con el Rey» y otro tanto parece afirmar el Tribunal Constitucional respecto del Amejoramiento del Fuero de 1983. Lo mismo ocurre con el Concierto vasco o el Convenio navarro. Se reconoce jurisprudencialmente el carácter pactado de su contenido (Herrero, 1998 p. 250), pero se insiste en el carácter unilateral de la ley. Es, por tanto, extraño que, aún reconociendo el pacto político que subyace a los Estatutos de Autonomía, especialmente a los elaborados a través del procedimiento previsto en el art. 151 CE, no se quiera aceptar en el plano jurídico su carácter pactado. Se reconoce, de manera explícita, incluso jurisprudencialmente, v. gr. STC 372/2007 (F.J. 6) que el contenido es fruto de un acuerdo de voluntades y la propia ley exige dicho acuerdo para su modificación. Pero, paradójicamente, se sigue afirmando que su fuerza de obligar procede exclusivamente de la voluntad unilateral del legislador estatal, abriendo así la puerta a malentendidos sobre su posible interpretación y modificación unilateral.

A mi juicio, el distanciamiento entre las categorías dogmáticas y la realidad solo puede corregirse plegando aquellas a ésta e incluso, como proponía el viejo Jellinek, creando nuevas categorías. Como en los albores, que no en sus dogmáticas postrimerías, del «usus modernus pandectarum» hicieran sus inventores, es preciso atender a la «nova practica» que muestra la vigorosa emergencia del pacto en el derecho público y no tener empacho en aceptar el principio pacticio y su concepto clave, la ley paccionada, en nuestro derecho constitucional. Frente a la invención racionalista de un nuevo derecho natural *more kelsesiano,* es preciso reafirmar, como en tiempos de Bachofen el realismo del derecho histórico que no es solo el de la antigüedad, sino el realmente existente hoy –las «hodiernae mores» (Stryck)–, que revelan pactos por doquier. ¿Por qué no extraer de ello, de la realidad, una categoría general?

II

Sin duda el pactismo es una categoría procedente del derecho antiguo y ciertamente de gran tradición en España como instrumento de libertad y control del poder. Lo segundo debiera hacer al concepto, al menos respetable, y lo

primero, si no le da ningún aval, tampoco puede considerarse como una tacha. Lo antiguo no es por ello mismo valioso, pero tampoco, sin más despreciable, sino que, para rescatarlo, ha de probarse su utilidad a la altura del tiempo presente y de lo expuesto se deduce que la práctica cotidiana está suficientemente madura para que, a partir de ella, se pueda extraer y formular un principio pacticio.

¿Qué fue y qué es el pactismo en la Teoría del Estado? Los historiadores y teóricos del derecho han distinguido dos acepciones principales: la historicista y la filosófica. Respectivamente, en expresión de Vicens Vives, «como mecanismo constitucional y como comprensión racional de los hechos relativos al Estado» (1966, P. 96). En efecto, el pactismo filosófico, desde la antigüedad a Rousseau pasando por el P. Suárez, trata de explicar la legitimación del poder. En el pactismo historicista, a su vez, cabe distinguir entre una versión mítica y una acepción jurídica. La primera ocupada fundamentalmente de las cuestiones propias del pactismo filosófico, pero en relación con una determinada entidad política, reivindica lo que, en su día, Mañaricua (1973, p. 135 y ss.) denominara «mitos historiográficos», sean estos el pacto de los vascones con Juan Zuria o los «pactos de Sobrarbe». El pactismo jurídico, único que aquí interesa, se centra en la articulación técnica de determinadas normas, las normas paccionadas, en su gestación, jerarquía, interpretación y condiciones para su modificación. Se justifica sobre una previsión normativa, fruto de una opción política, que toma en serio la policracia del cuerpo político y nada tiene que ver con orígenes míticos que hoy solo invocan quienes pretenden descalificar la misma idea de pacto.

Basta, a los efectos que aquí interesan, destacar los siguientes tres extremos, relativos, respectivamente, a la naturaleza del pactismo, al concepto de su instrumento clave, las leyes paccionadas, y a su función político-jurídica.

El pactismo que Vicens calificaba de mecanismo constitucional no supone un acuerdo *inter-partes* como sería el caso de un tratado internacional, sino de un pacto *supra-partes,* porque no se da con el Estado, sino en el Estado y el ejemplo de la LORAFNA es elocuente al respecto (arts. 1 y 64). No se trata de un pacto-contrato, sino de un pacto de unión de voluntades en el que todos los partícipes acceden a una nueva forma de vida, concepto bien conocido en teoría general del derecho, cuando menos desde Binding a Duguit, pasando por Triepel. Se trata de un pacto de integración –la «entrega voluntaria»– sin mengua de la identidad y consiguientes competencias de las entidades integradas. Tal es, precisamente, el sentido con el que se propuso, sin éxito, en las Cortes Constituyentes (Cf.. *DSCD, Comisión de Asuntos Constitucionales* 20 /6/1978 p. 3494-b Cf. 5/5/1978 p. 2063 y en especial 2065-b y 9/5/1978 p. 2115-a).

En efecto, como señala Guasp (1971, p. 535), en una teoría general del pacto, cabe distinguir, junto a aquellos que establecen relaciones de intercambio, supuesto típico del pacto-contrato, y los disolutorios de relaciones previamente existentes, aquellos otros en cuya virtud las partes ascienden a un estado de unión que anteriormente no existía entre ellas. Y en dichos pactos de unión cabe a su vez distinguir una multiplicidad de figuras.

Así, atendiendo al criterio de la temporalidad. La instantaneidad propia del contrato y de las relaciones así creadas (Guasp 1971, p 284) cede el paso a una vocación de duración mayor o menor que puede llegar hasta la de permanencia. Es claro que la dimensión temporal no es la misma en una Unión Temporal de Empresas que en una Sociedad Anónima constituida por tiempo indefinido, ni en una Alianza temporal (vgr. tratado de Washington de 1949) que en una Organización Internacional de integración (v. gr. TUE de 1992). El pactismo que hemos denominado constitucional tiene, lógicamente, vocación de permanencia, como es propio del Estado: *Lo Stato,* lo que permanece.

Atendiendo al alcance de la unión pactada pueden distinguirse dos grandes tipos. Aquellas uniones meramente funcionales con un objetivo social, más o menos amplio, pero siempre preciso y determinado, como es el caso de las sociedades mercantiles y de todas las organizaciones internacionales con competencias expresamente atribuidas en función de un fin. Y aquellas otras que afectan al completo ser de los participantes añadiendo a su identidad, caracteres con vocación de irreversibilidad, como es el caso del pacto constitutivo de una federación, en principio, indisponible

Por último, atendiendo a la causa, en el contrato las partes se encuentran en una relación de oposición de manera que cada una de ellas quiere una cosa distinta cuya recíproca compensación es la meta del contrato, de manera que la prestación de una es causa de la otra. Por el contrario, en el pacto de unión, las voluntades de las partes, cualquiera que sean sus respectivos fines subjetivos, tienen el mimo objeto: la creación de una nueva situación objetiva. Esto es, el pacto de unión pretende conseguir una meta trascendente a la propia relación pactada. Ahora bien, la trascendencia, junto con la indisponibilidad y la permanencia, dan a la figura un carácter marcadamente institucional, puesto que tales son los caracteres de la institución (Guasp, 1971, p. 285). A tales pactos se les denomina Pactos de Status «porque verdaderamente de ellos surge una regla objetiva de derecho, un status» (Duguit, I, p.410)

Así entendido el pactismo, su instrumento clave es la ley-paccionada. Esto es, aquella norma de rango superior, cualquiera que sea su aprobación formal, cuya contenido material es producto de un acuerdo entre dos o más

instancias de poder. En una sociedad policrática, el pacto subyace a toda ley, desde la antigüedad a nuestros días (McIlwain). «Lex est communis reipublicae sponsio», decía Bracton, y ello pudiera repetirse de toda verdadera democracia consociacional. Pero la génesis del concepto moderno de ley paccionada puede retrotraerse y justificarse a partir de la distinción entre ley material y ley formal que, como es bien sabido, en su origen, prescindiendo de antecedentes clásicos, por obra primero de Laband y, seguidamente, de Jellinek, pretendió dar cuenta de aquellos actos del legislador cuyo contenido era singular, ya por la materia, ya por el destinatario. Distinción que pudo proyectarse en las normas cuya fuerza de ley procedía de una autoridad diferente de aquella que fijaba su contenido. Ahora bien, una vez establecido que el autor formal de la ley y el de su contenido pueden ser diferentes, es fácil concluir, ya que pacten entre ellos, ya que uno se limite a sancionar y, eventualmente, a controlar lo pactado entre los otros. Ello supone, en todo caso, abandonar la concepción clásica de la ley, como expresión de una voluntad unilateral e incondicionada, ya sea del Príncipe, ya como, repitiendo a Rousseau, afirmaba Carré de Malberg, al teorizar el Estado legal «la expresión de la voluntad general» (1931).

De este carácter paccionado resultan importantes consecuencias. Primero, tales leyes no pueden ser modificadas unilateralmente, sino que su derogación o reforma requiere el acuerdo de las dos partes que intervinieron en su creación. Segundo, tampoco debieran ser unilateralmente interpretadas puesto que la interpretación de lo acordado no puede quedar al arbitrio de una de las partes y eso debería hacer meditar sobre la organización del Tribunal Constitucional. Tercero, las leyes paccionadas tienen una jerarquía, como normas interpuestas, superior a las no pactadas (De Otto, 1989, p. 96).

La función de la ley paccionada en consecuencia es triple. De una parte, limitar el poder de quienes pactan, puesto que mediante el pacto limitan su capacidad de decisión sobre lo pactado; de otra y, por ello mismo garantizar a ambas partes una situación que no puede modificarse sin su consentimiento; en fin y como consecuencia, dotar de estabilidad a lo pactado. El pacto, por lo tanto, no solo es instrumento de integración de voluntades, sino, también de estabilidad. El pacto no necesariamente «desgarra la unidad estatal» como pretendiera Schmitt (1928/1934, p. 69), autor cuya recepción canónica entre los demócratas españoles no deja de ser paradójica, sino que puede ser cauce de una integración tan voluntaria como permanente. ¿No es el pactismo una garantía mutua más limpia y eficaz que las diversas técnicas de blindaje competencial hasta ahora intentadas?

III

¿Cuáles son las consecuencias del retorno del pactismo al derecho constitucional sobre el concepto de Soberanía con el que se decía era incompatible?

La soberanía del Estado es una realidad indeclinable en el derecho público y por muy polémico que su concepto sea, resulta clave de bóveda en el constitucionalismo contemporáneo y principio estructural del orden jurídico internacional. Por eso mismo no puede reducirse a una abstracción lógica, sino, como mostró Herman Heller (1927), ha de entenderse como voluntad de la realidad que es el Estado, una voluntad por suprema autónoma. Ahora bien, una voluntad autónoma puede ser una voluntad situada y relacionada, susceptible de comprometerse, obligarse y asumir responsabilidades. Una voluntad que, por definición, puede pactar renunciando así a la unilateralidad de sus decisiones. La voluntad real no es nunca solipsista y la voluntad libérrima lo es por autónoma, en el sentido kantiano del término, no por desencarnada. Así ocurre en el orden internacional y, como he esbozado antes, cada vez más en el interno (Herrero 2007).

La exclusión de la unilateralidad introduce insensiblemente una noción de cosoberanía a la altura del tiempo presente. En efecto, una expresión de «pico y garras» como decía Ortega, la soberanía se reduce en derecho a la competencia sobre la propia competencia, esto es a la decisión última sobre la propia identidad del cuerpo político. Así coinciden los asépticos conceptos de Laband y Jellinek con los existenciales de Schmitt, tal como se actualizan hoy en día a la luz del concepto de identidad. Pero la competencia sobre la propia competencia, en virtud del pacto se limita a la hora de decidir por el necesario previo acuerdo con la otra parte del pacto. Ahora bien, si la decisión es una codecisión y la competencia una cocompetencia o competencia compartida, la soberanía se torna en cosoberanía. La soberanía compartida de la que hablaba un especialista tan conspicuo y alérgico al secesionismo como J. Marías (1966, p. 184)

No es distinta la conclusión a que se llega aplicando a la cuestión la categoría un tanto arcaica de inmunidad, a juicio de algunos ilustres teóricos del derecho compatible con el moderno Estado constitucional, compatibilidad que niegan a las nociones de pacto y cosoberanía. Así lo propugna el Pfr. J. F. Laporta (2006, p. 27), siguiendo las categorías de Hohefeld, en un docto y brillante estudio cuyas tesis no comparto, pero en el que admiro su rigor y agradezco, a más de que dedique a rebatirme su mayor parte, el tono serio y académico que le es propio y que, por infrecuente en estos temas, resulta todavía más valioso. La inmunidad de un actor, dice Laporta se corresponde o es equivalente a la no-competencia o no-poder de otro actor, es

decir que cuando un actor cualquiera es inmune jurídicamente respecto de otro, eso significa que éste otro carece de la competencia necesaria para producir un cambio legal adverso en la situación del primero. Oponer inmunidad a sujeción y deducir de la no sujeción la coordinación mediante la negociación y el pacto es lo mismo que hablar de cosoberanía. Pero esta última palabra tiene lo que los lógicos del lenguaje llamaron un halo emotivo (Stevens), útil a la hora de movilizar y encauzar los afectos y aún las pasiones. Y de pasiones y afectos que no de fríos conceptos doctrinales, se construye la integración política, «telos» último de la Constitución y al que el constitucionalista debe servir. En ocasiones la estética del lenguaje jurídico puede ser eficaz herramienta de concordia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APARICIO, «¿Hacia una nueva figura de actos de Gobierno?» en *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía,* Barcelona, 1985.

CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l'Etat,* Paris, 1920-1923.

— *La Loi, exspression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, 1931.

DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo,* Pamplona, 1995.

DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.* Barcelona, 1989.

DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel,* Paris, 1927.

GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo,* Madrid, 2.ª ed. 1977.

— Prólogo a del Burgo, *Introducción al estudio del Amejoramiento del Fuero (Los Derechos Históricos de Navarra)* Pamplona 1987.

GUASP, *El arbitraje en el derecho español,* Madrid, 1956.

— *Derecho,* Madrid, 1971

HÄBERLE, *Retos actuales del Estado Constitucional,* Oñati, 1996.

HELLER, *La Soberanía* (1927), trad. esp. Mexico, 1965.

HERRERO, *Idea de los Derechos Históricos* Madrid, 1991.

— *Derechos Históricos y Constitución,* Madrid, 1998.

— *El valor de la Constitución,* Barcelona, 2003.

— «A vueltas con la Soberanía» *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,* 2007 (en vías de publicación).

HINOJOSA, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales,* Madrid, 1991.

KOHLER, *Prozellrechtliche Forschungen*, Berlin, 1894.

LALINDE, «La creación del derecho entre los españoles», *AHDE* XXXVI, 1966, p. 359 y ss.

LA PERGOLA, *Residui «contrattualistici» e structtura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti,* Milan 1969.
— *Los nuevos senderos del federalismo,* Madrid, 1994.
LAPORTA, *Los Derechos Históricos en la Constitución*, Madrid, 2006.
MAÑARICUA, *Historiografía de Vizcaya (Desde Lope García de Salazar hasta Labayru)*, Bilbao, 2 ed. 1973.
MCILWAIN, *Constitutionalism. Ancient and modern,* Ithaca, 1947.
MARÍAS, *La realidad de Cataluña,* Madrid, 1966.
MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Madrid, 2006.
SANTAMARÍA en MARTÍN RETORTILLO, *El Derecho Público Foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero,* Madrid, 1992, p. 49.
SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1928), trad. esp. Madrid, 1934.
VANDELLI, *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*, 1982.
VICENS VIVES, *Noticia de Catalunya,* Barcelona, 1966.
VV.AA. Madrid, *El pactismo en España,* 1980.
ZAGREBELSKY, (1992) *E.*

21. LOS DERECHOS ENTRAÑABLES

1. RASTREO DE CAMPO

Hace tiempo adopté como lema de mi modesta especulación jurídica, un texto de Savigny relativo a los juristas romanos: «Cuando consideraban un caso jurídico, partían de su viva intuición… como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo había de deducirse…sin una distinción clara entre la teoría y la práctica. Aquella, la teoría, se lleva hasta su más inmediata aplicación y la práctica veíase siempre elevada a la altura del discurso científico». En efecto, si, al decir del mismo prócer del pensamiento, el derecho no tiene substantividad propia sino que es la vida misma considerada desde una determinada perspectiva, la cristalización normativa de su normalidad, no puede, como no puede serlo la vida, tematizarse como un todo y deducir lo particular de lo general. Antes al contrario, tiene que ser vivido paso a paso, como el buen vino bebido sorbo a sorbo. Es de lo concreto como el jurista puede ascender más alto. Por ello, para abordar por primera vez el esbozo de lo que considero una nueva categoría jurídica, he de comenzar reconstruyendo el rastreo de campo que me ha llevado a vislumbrarla.

La práctica del derecho –como legislador en las Cortes, en el Consejo de Estado y en mi consulta privada– me ha permitido analizar una serie muy heterogénea de fenómenos jurídico-públicos y jurídico-privados en los que late un principio común: la primacía de los sentimientos, algo a lo que las más autorizadas versiones de la teoría general no suelen prestar atención. Claro está que soy consciente de la pobreza de mis datos y lo rudimentario de mi análisis. Por ello, solo pretendo suscitar la curiosidad de juristas, pero también

de otros cultivadores de ciencias humanas más expertos y animosos que yo, sobre unos fenómenos que merecen la máxima atención porque, desde el futuro ya inmediato, como el Zaratrusta de Nietzsche, nos hacen señas con las alas.

En efecto, de acuerdo con una construcción clásica, la del propio Savigny, los derechos subjetivos tutelan ya una voluntad, ya un interés, y la doctrina más pegada a la realidad ha tendido a interpretar el interés en un sentido economicista. La «vuelta a las fuentes» propugnada por Savigny, llevó a considerar, sobre la base de un texto de Gayo, que los contratos y las obligaciones resultantes solo podían versar sobre objetos patrimoniales, lo cual hizo ignorar durante mucho tiempo los denominados intereses inmateriales. Sin duda, el concepto de derecho subjetivo se amplió rápidamente, incluyendo primero los derechos de la personalidad, a partir del propio Puchta, y llegando a cobijar bajo tal epígrafe derechos tales como los de autor. A partir de Ihering, el «interés» adquiere una posición principal en la dogmática del derecho subjetivo. Pero si en Ihering se concibe como interés cuanto contribuye a la vida buena de los hombres, poco a poco el concepto se economiza como muestran los propios ejemplos planteados por Philip Heck al frente de la denominada «jurisprudencia de los intereses». Cuando se toman en cuenta los sentimientos, es para valorarlos económicamente como «precio de afección». Ahora bien, los sentimientos ni se identifican con los intereses así entendidos ni están a merced de la voluntad; trascienden a ambos, movilizando a ésta y poniendo énfasis en aquéllos.

¿Qué es lo que puedo aportar de nuevo a esta cuestión? Permítanme la breve reseña de cinco fenómenos de los que tengo directa experiencia. A fines de la década de los 60 y primeros años de la siguiente, hube de lidiar en el Consejo de Estado con el problema de la naturaleza jurídica del territorio estatal al hilo de la descolonización del Guinea Ecuatorial y del Sahara Occidental y la retrocesión de Ifni a Marruecos. Hoy son cuestiones para muchos olvidadas, pero entonces se trataba de saber «lo que era España» y «lo que era de España». Esto es, lo que afectaba a su substantiva integridad, cuestión enturbiada por la frívola provincialización de dichos territorios pocos años antes siguiendo el poco afortunado ejemplo portugués.

El Consejo emitió dos dictámenes, los n.º 36017 de 20 de junio de 1968 y n.º 36227 de 7 de noviembre del mismo año, de los que fui ponente y en ellos se decantó una doctrina a la que dediqué un largo estudio de derecho y práctica comparada, bien acogido por la doctrina y que mereció ser citado, muchos años después, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de resolver conflictos de nacionalidad (Cf. STS 7 de Noviembre de 1999, Recurso 6266/19959 FJ cuarto). Vd. en este volumen n.º 13.

Ello me llevó a profundizar en la construcción jurídica de este elemento del Estado para concluir que el territorio no es ni objeto de su propiedad, como propugnara una arcaica versión patrimonialista, ni, lo que viene a ser lo mismo, de su potestad, como afirmaban desde Jellinek a Romano, ni el ámbito espacial de sus competencias, según propugnaran desde Duguit a Kelsen y su Teoría Pura. Ninguna de esas construcciones explican por qué la misma Francia que sangró cuarenta y nueve años –desde la Paz de Frankfurt de 1870 a la de Versalles de 1919– por la herida de Alsacia-Lorena, pudo renunciar sin pestañear a sus departamentos de Ultramar o, en el caso español, por qué reclamamos Gibraltar desde el día siguiente a su cesión y nada objetamos a la retrocesión de Ifni que, según la normativa entones en vigor, era provincia española. Guinea era ámbito espacial de las competencias estatales españolas, pero su autodeterminación no afectó a nuestra integridad territorial, mientras que Gibraltar, ajena a tales competencias, afecta a dicha integridad, según han reconocido las propias NN.UU. Y en términos más generales, las doctrinas al uso no explican porqué el territorio colonial, el británico, el francés, el holandés, el belga o el portugués, cualquiera que sea su calificación formal, que puede ser muy varia, es heterogéneo respecto del metropolitano, hasta el punto de que el primero, frente al segundo que la descolonización ha desmembrado, es frecuentemente definido en la Constitución estatal y blindado, cuando no prohibida formalmente su cesión o cómo son posibles diferencias cualitativas entre los territorios habitados por una población jurídicamente homogénea, como, en su día, pusiera de relieve la doctrina de los fragmentos de Estado.

Un análisis de tales extremos me llevó a concluir, y así lo expuse en mi contribución al libro homenaje a García Pelayo, (n.º 14 de este volumen) que el territorio no es un elemento del Estado, sino, utilizando las categorías de Smend, un factor de integración material del mismo, porque se carga de sentimientos hasta revestir los caracteres que la antropología filosófica –valga por todas la referencia a Cassirer– ha señalado como propios del espacio mítico: heterogéneo como el espacio perceptivo, puesto que el territorio nacional se siente diferente de todos los demás, de ahí su consagración constitucional y su inviolabilidad internacional, y metaempírico como el espacio matemático, puesto que el territorio nacional no es el pegujal que se pisa y palpa, sino lo que se siente como tal, incluso cuando nunca se ha tenido y se reivindica como tierra prometida o paraíso perdido. El territorio que integra al Estado no es todo aquel sobre el que ejerce sus competencias, sino el que lo identifica como tal y a la población que en él se enraíza y cuyos sentimientos lo califican así. Y eso ocurre según demuestra la práctica histórica comparada que en su día analicé en los trabajos atrás citados, por las cargas afectivas que en él invierten quienes lo contemplan

«sub specie patriae» y así se autoidentifican. Si el hombre es un ser terrícola, sus comunidades también lo son o tienden a serlo con el fervor propio del irredentismo. Mi estudio tenía por lema una frase de Plutarco muy expresiva de la tesis aquí mantenida: «la vida no florece lejos de los templos de los dioses y de las tumbas de los antepasados» *(Themistocles,* 9).

De lo expuesto resulta que el derecho relativo al territorio estatal y los denominados derechos reales internacionales, vividos ya como prolongación, ya como mutilación del propio territorio (sirvan de ejemplo la doble faz de las servidumbres internacionales), tienen de contenido fundamental un sentimiento. El sentimiento de identidad de un cuerpo político que se establece en correlación con el citado espacio.

Muchos años después, al hilo de la lectura de unos textos de Heidegger y de Ortega relativos al paisaje de las riberas del Rhin y de Medinaceli respectivamente, textos cuyo conocimiento sería de grande utilidad a los urbanistas, detecté la misma correlación identificadora que las normas constitucionales y administrativas, tanto españolas como comparadas y más estas que aquellas, toman progresivamente en cuenta. Así lo publiqué en la hermosa revista *El Cronista del Estado de Derecho Social y Democrático* que dirige nuestro compañero el pfr. Muñoz Machado. El paisaje no es, sin más, un espacio, sino, como dijo el Tribunal Constitucional en Sentencia 102/1995 de 26 de Junio, «un modo de mirar», versión jurisprudencial de la permanente intuición poética: «La mirada es quien crea/ por el amor el mundo», decía Cernuda.

Y un espacio cuya contemplación no es la propia del visitante ocasional, sino del residente natural. Porque, como sigue diciendo la citada Sentencia, «clava su mas honda raíz en su carácter simbólico por tratarse de una realidad topográfica singular… signo distintivo en suma que identifica a un país y con el que se identifica como les ocurre también a ciertas instituciones o monumentos bien conocidos, unidos indisolublemente a la identidad de un ciudad o de un nación» (FJ 21). Se trata de lo que Rudolf Smend denominó un factor material de integración de la comunidad política.

Así se reconoce expresamente en el Convenio Europeo del 2000, pieza clave en la materia, al definir el paisaje como «cualquier parte del territorio tal como lo percibe la población» (art. 1 a/), «fundamento de su identidad» (art. 5 a/). Así lo avala el que la Unión Europea reconoce la existencia de áreas cuya especial fragilidad motiva un régimen especial de asentamiento de la población. En efecto, el principio de libre circulación de personas, de capitales y de servicios (arts. 18, 56 y 59 CEE), tal como lo viene interpretando la jurisprudencia del TJUE, exige una ilimitada libertad de circulación y de residencia, así como el libre acceso a la propiedad inmobiliaria por todos los ciudadanos de

la Unión. Sin embargo, la singularidad cultural del Tirol, su fragilidad y el atractivo de su paisaje para terceros no naturales, ha bastado para justificar las limitaciones que Austria ha impuesto a la libertad de residencia y de adquisición de propiedad inmobiliaria en algunas de sus zonas. Algo semejante ocurre en áreas ultraperiféricas de la Unión como es el caso de las Azores y debiera ser el de Canarias, o de territorios ajenos a la Unión, pero íntimamente vinculadas a ella, como las islas de Man y Aland. Fuera de Europa, la normativa y jurisprudencia pro indigenista –no siempre observada en la práctica– de países iberoamericanos abunda en esta dirección y en el mismo sentido puede señalarse la tendencia restrictiva de la propiedad extranjera en todos los microestados europeos y extraeuropeos, de cuyos avatares tuve una experiencia no pequeña con ocasión de mi trabajo de Magistrado constitucional del Principado de Andorra, como instrumento de defensa de la propia identidad vinculada a determinada configuración paisajística.

El paisaje y la comunidad que lo contempla porque ante él se asienta, no el mero visitante, están en recíproca relación de identificación. El derecho ambiental en el que se inserta la normativa y la doctrina sobre los extremos expuestos, responde así a lo que Parodi ha denominado «un espacio para el hombre». La regulación jurídica del turismo pretende, aunque es claro que no siempre consigue, insertar al hombre en el espacio sin destruirlo e incluso, por unos momentos, hacer que el visitante se sienta un residente. La identidad que así pretende tutelarse es un sentimiento.

Veamos ahora un típico derecho público subjetivo, ese que la jurisprudencia comparada ha considerado, por excelencia, «libertad no escrita» (S. 31 de Marzo de 1965, del Tribunal Federal Suizo): la libertad lingüística, una cuestión de especial importancia en un Estado plurilingüe como España es, a tenor del art. 3 CE. Desde hace años me vengo ocupando de ello. Primero, a partir de 1966, en el Consejo de Estado que acuñó la expresión «lenguas de España» decisiva en la génesis del citado art. 3 CE; después, como constituyente; y, por encargo de la Generalitat de Cataluña, en un dictamen de 1998, por cierto gratuito y que evitó un recurso del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional.

Como ha señalado un importante constitucionalista italiano que ha prestado especial atención a esta cuestión, Alessandro Pizzorusso, la regulación jurídica de la lengua en un contexto plurilingüe puede responder a una o varias de estas cuatro funciones: a) forma relevante de los actos jurídicos; b) signo de la voluntad subjetiva de pertenecer a determinada comunidad; c) signo de pertenencia objetiva a una determinada comunidad; d) elemento del patrimonio cultural. La primera, la condición de forma relevante de los actos jurídicos,

supone substituir por imperativo legal el criterio económico, esto es, el que atiende al mayor o más utilitario uso de una lengua, por un criterio identitario, patente en las otras tres funciones enunciadas. Funciones que expresan una pertenencia voluntaria o incluso involuntaria a una comunidad o, en registro mucho más débil, desatascan un factor material de identidad comunitaria como es el patrimonio cultural.

En la España autonómica es claro que el plurilingüismo, íntimamente relacionado con los hechos diferenciales que las Comunidades Autónomas tratan de institucionalizar, se concreta en determinadas lenguas españolas (art. 3,2 en relación con la Disposición final) que los respectivos Estatutos catalán (art. 6), vasco (art. 6), gallego (art. 5) y balear (art. 4,1), califican de «lengua propia». Una lengua de vigencia territorial, no personal como la oficial de todo el Estado (Preámbulo del Estatuto Balear), que identifica la personalidad histórica, social y política de la respectiva comunidad (Preámbulo del Estatuto gallego) y que, como tal, no solo por razones de fomento, goza de determinada preeminencia en el marco de la cooficialidad. Y eso aun cuando se trate de una lengua minoritaria en el seno del respectivo territorio, pero, por su valor identificatorio, calificada de «propia», incluso por quienes la desconocen. El caso del Euskera, calificado como «lengua del pueblo vasco» (art. 6 Estatuto vasco) y conocida por no más del 25% de los ciudadanos de Euskadi es un ejemplo paradigmático pero no único del fenómeno. El Estado de Israel durante muchos años, respecto del hebreo, y hoy Irlanda, respecto del gaélico y la India respeto del hindi ofrecen casos análogos. Como decía Humboldt en su famosa obra, *Latium und Helas «*En la lengua se manifiesta y acuña la totalidad del carácter nacional a la vez que en ella, como en medio del entendimiento general del pueblo, se enraízan las diferencias individuales». Por ello, el Tribunal Constitucional ha destacado el carácter simbólico de la lengua propia (STC 205/1990).

El individuo tiene el derecho de usar de la lengua en cuestión como miembro de una comunidad lingüística, según los artículos estatutarios citados. Pero, junto a los derechos lingüísticos, existen los deberes lingüísticos a cargo tanto de los poderes públicos y de sus agentes como de los ciudadanos a quienes se impone la obligación de conocer una lengua determinada, empezando por los nacionales españoles respecto del español (art. 3,1 CE) y siguiendo por los ciudadanos de las diferentes comunidades con lengua propia respeto de ésta (art. 6,2 Estatuto Catalán, declarado inconstitucional en la STC 31/2010 frente al criterio seguido en la STC 84/1986 de 26 de junio, FJ II,2 sobre la Ley Gallega 3/1983 art. 2). El ciudadano es usuario de la lengua, pero, a su vez, está poseído por una lengua que le antecede, le sobrevivirá, contribu-

ye decisivamente a la configuración de su personalidad y determina, en gran medida, su identidad, necesariamente enraizada en una colectividad.

Es evidente que tales procesos y conceptos responden a sentimientos y emociones. Los derechos públicos subjetivos lingüísticos no tutelan una mera voluntad, puesto que no son plenamente disponibles y así lo demuestra su correlación con los deberes lingüísticos. Pero tampoco tutelan un interés concretable en la utilidad de la lengua o incluso la voluntad de conocerla. Tutelan un sentimiento de pertenencia a una comunidad, esto es a una identidad colectiva.

Pero pasemos ahora al derecho privado y a una de sus ramas aparentemente ajena a los sentimientos, los derechos reales y su concepto angular, el concepto de cosa.

La «cosa» es lo no-persona, la naturaleza-no-libre, dirá Savigny, siguiendo las pautas del derecho común, y, como tal, objeto de la subjetividad cuya voluntad libre dispondrá sin trabas para usarla e incluso abusar de ella. Según el *Code Napoleon* al definir el derecho de propiedad, «disponer de la cosa en los términos más absolutos» (art. 544). Cuando los derechos reales y fundamentalmente el de propiedad se han moderado en aras de su función social, la interpretación al uso de dicha expresión atiende a los intereses de sujetos terceros, pero no a las cualidades del objeto.

Ahora bien, hay algunas formas de propiedad que, en razón de la cualidad del objeto, no dan tanto derecho a disponer como obligación de cuidar. El pastoreo del Ser por el hombre, explicitado por Heidegger, es su tácito fundamento. El disfrute del objeto cede ante el deber del sujeto a tutelarlo. La paulatina mutación de los derechos reales hacia un derecho medioambiental que ha señalado la reciente civilística, especialmente la alemana, al hilo de la gran revolución biológica decantada a partir de la década de los 60, sería la mejor ilustración de ello.

La propiedad de los animales ofrece un buen ejemplo de lo dicho y nuestro compañero Muñoz Machado ha señalado su evolución desde la consideración jurídica del animal como cosa y como energía hacia un tratamiento especifico muy alejado del reservado a las cosas, sin que ello tenga nada que ver con las doctrinas animalistas. Es, en efecto, el derecho administrativo el que rompe con el clásico tratamiento iusprivatista de los animales heredado del derecho romano. Son razones económicas y sanitarias las que mueven a ello a lo que se suma una mayor sensibilidad ética y estética de la sociedad de la que en España es muestra precoz la Circular del Gobernador Civil de Cádiz de 3 de Mayo de 1875 en la que recomienda a las autoridades locales incluir en sus Ordenanzas y Bandos la protección animal. Y las más recientes codificaciones civiles se hacen eco de ello y, abandonando la asimilación de los animales a los

muebles que hacia el *Code,* reconocen que el animal no es una cosa. Así el Código Civil suizo tras la reforma del 4 de octubre del 2002 (art. 641-a,1) o la Ley catalana 5/2006 de 10 de Mayo (art. 511-1,3). Su bienestar, ajeno al concepto de cosa, es un valor ya muy reconocido en la normativa, la jurisprudencia y la doctrina comparadas.

Pero permítanme que vuelva a mi experiencia de campo. Un complejo dictamen sobre el comercio internacional de animales me llevó a concluir que un buen ejemplo de un nuevo tipo de propiedad es la relación con el animal de compañía, figura que, por cierto, tanto incomoda a los forofos de la liberación animal. Concepto, el de animal de compañía, irreductible a las categorías romanistas clásicas de salvaje, doméstico y domesticable y distinto tanto del animal de granja como de la mascota. Así lo esbocé, hace años, en la ya citada *Revista* con muchos errores que ahora intento depurar. ¿Acaso no desdice ésta de las cuestiones antes tratadas?¿Como abordar los animales caseros junto con la lengua o el territorio de la Nación? Responderé con el Poeta: «sic parvis componere magna solebam» y pediré paciencia; a la Égloga I.ª sigue pronto la IV.ª

El concepto de animal de compañía no tiene en España medio siglo de antigüedad y se decanta a partir del concepto de animal doméstico. La excesiva extensión de este concepto en la Ley de Caza de 1902 y en su correspondiente Reglamento, donde se equiparaba toro, cerdo, gato, gallina «y análogos», ha sido corregida en la normativa posterior comenzando por la local y autonómica. La Ordenanza mallorquina de 1973 sobre la «Inserción de los animales de compañía en la sociedad urbana» fue una de las primeras muestras de ello seguida por la ley Catalana 3/1988 de Protección Animal. Las Comunidades Autónomas han abundado en la misma dirección y el derecho administrativo de nuestros días define los animales de compañía como «animales domésticos o domesticados a excepción de los de renta y los criados para el aprovechamiento de sus productos, siempre y cuando a lo largo de su vida se les destine únicamente a este fin»; esto es la compañía (Ley castellano-leonesa 5/97 art. 2).

Por lo tanto, es la convivencia generadora de afectos la que hace al animal doméstico, domesticado o salvaje, sin mengua incluso de su ferocidad, animal de compañía. Se quiebra así la clasificación trimembre de los animales en salvajes, domesticados y domésticos heredada del derecho romano, olvidada en la codificación civil y que resucitó en la citada Ley de Caza de 1902 (art. 1), porque la compañía no es una categoría caracteriológica del animal, sino una función en relación con el acompañado. Es la vinculación afectiva recíproca entre el dueño y el propio animal, la que hace «de compañía» al animal cualquiera que éste sea. Las grajillas tertulianas del etólogo Lorenz o la

Milana, protagonista de la novela de Delibes *Los santos inocentes* son buenas muestras de ello.

El animal de compañía, así configurado por los afectos, no es objeto análogo a cualquier otro mueble y ello afecta a su propiedad, a su posesión y a su transmisión.

La propiedad se caracteriza por, al menos, los siguiente tres rasgos que la distinguen de otras formas dominicales: la imprescriptibilidad, la extracomercialidad y la funcionalidad. Me explico.

Primero, el animal de compañía no puede ser objeto de apropiación por terceros, de manera que en el supuesto de pérdida, entra en conflicto la no apropiabilidad declarada por la normativa administrativa con lo dispuesto en el art. 465 CC. En efecto el art. 5 Ley de Caza de 1902, siguiendo la de 1879, estableció claramente la inapropiabilidad del animal doméstico; pero la Ley de Caza de 1970, parece en su art. 4,1, abandonar este criterio al considerar piezas de caza, en consecuencia apropiables por quien las cobre según el art. 22,1, »los animales domésticos que pierdan su condición» remitiéndose a la correspondiente lista reglamentariamente establecida. Dicho criterio resulta avalado, en cuanto a los animales domésticos se refiere, en el art. 4,3, a/ del D. 506/1971 de 15 de marzo que aprobó al Reglamento al que se remitía la ley. Pero, a su vez, ese artículo fue derogado por el RD 1095/1989 de 8 de septiembre, norma a su vez derogada por la Ley de biodiversidad del 2007. Hoy la solución debe buscarse en la normativa de caza autonómica. Así, la ley gallega 13/2013 no considera al animal doméstico «pieza de caza» (art. 3,3) y, entre otras, la ley vasca 2/2011(art. 3,1) o la riojana 9/1998 (art. 10) lo consideran como tal cuando está «asilvestrado», es decir «el doméstico que ha perdido esta condición y deambula por el medio natural sin control de su dueño» (ley balear 6/2006 art. 2, b,3).

Segundo, no resulta transmisible en términos mercantiles, de acuerdo con lo dispuesto, entre otras muchas normas, por el art. 3,3 de la Ley 8/2003 de Sanidad Animal. No faltan normas, como por ejemplo la ley balear 1/1992 que prohíbe convertir a dichos animales en objeto de juegos de azar, e incluso sus despojos, en algunas legislaciones, se consideran ajenos al comercio de los hombres. Sin duda, existen establecimientos mercantiles dedicados a la compraventa de animales de compañía, pero estos, en el establecimiento, no son de compañía más que potencialmente y solo se convierten en tales cuando son adquiridos por el definitivo dueño. Así lo demuestra el diferente régimen jurídico que les es aplicable a los establecimientos mercantiles destinados a dicho tráfico y a la tenencia de animales de compañía por dueños ajenos al mismo.

Tercero, es una propiedad eminentemente funcional puesto que está caracterizada por una finalidad exclusiva y excluyente, la compañía, e impone al dueño una serie de obligaciones de cuidados cada día más exigentes. En efecto, aparte de la obligación general de todo poseedor de animales de mantenerlos en adecuadas condiciones higiénico-sanitarias, lo cual supone tanto deberes como prohibiciones, la relación persona-animal supone en la normativa actual una serie de obligaciones concretas. Tales como el alojamiento y alimentación adecuados a su raza y especie y a las necesidades etólogicas que de ello se derivan, algo que en un medio urbano, denso como son los actuales, ha dado lugar a una notable complejidad tanto en su formulación como en su aplicación.

La bilateralidad que esta funcionalidad de la tenencia de animales de compañía supone ha llevado a exigir ciertas condiciones en su tenedor. Ya el Convenio Europeo para la protección de los animales de compañía de 13 de noviembre de 1987 prohibió la venta de los mismos a menores de diez y seis años sin la aquiescencia y correspondiente responsabilidad de sus padres o tutores y en España numerosas normativas autonómicas han seguido la misma dirección y en varias de ellas se prohíbe igualmente la donación de dichos animales a menores e incapacitados. La finalidad de tales normas es garantizar en quien adquiere el animal la capacidad de cuidarlo debidamente. Por ello en Navarra, Cataluña, Aragón, Andalucía y Castilla-La Mancha lo que se prohíbe es su tenencia por menores o incapacitados. Esto es, la posesión cualquiera que sea el título que la sustente.

Y todo ello, funcionalidad, extracomercialidad e impresciptibilidad, porque se trata de una relación cargada de afectos que el derecho protege al margen de todo interés económico e, incluso, al margen de la autonomía de la voluntad.

Esta relación identifica tanto al animal en cuanto compañero del hombre como, sin duda con menor intensidad, al propio propietario del animal.

Nuestra compañera Adela Cortina puso de relieve en esta misma Casa hace pocas semanas que la condición jurídica de los animales, deja traslucir cuestiones de alto bordo. Pero parafraseemos al poeta y no cuidemos de cosas que puedan parecer minúsculas. Hay, en todo caso, derechos reales más dignos de un cónsul: por ejemplo, la propiedad del propio hogar ¿Acaso no es el hogar un espacio antropomórfico y la casa contrapunto del Universo en la imaginación poética, como mostrara Gaston Bachelard en su genial *Poética del Espacio?* ¿Y no es la Casa, en el derecho antiguo y en algunos derechos forales hoy vigentes y aun renovados, el centro material de la institución familiar?

En el VIII Congreso Nacional del Notariado en el año 2003 tuve ocasión de calificar de entrañable el derecho de la familia sobre su hogar, porque en-

contré en esta noción en la que la moderna civilística pone cada día mayor atención, los mismos rasgos antes expuestos: la recíproca identificación mediante las cargas afectivas del sujeto en el objeto y su tutela jurídica.

El hogar familiar es, en términos de nuestro Tribunal Supremo «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad» (STS 16 de Diciembre de 1996). Definición que muestra tanto la complejidad del hogar que, como la exégesis doctrinal y jurisprudencial del artículo 47 CE ha puesto de manifiesto, no es solo el habitáculo, sino los servicios que lo hacen habitable, como su valor afectivo hasta suponer según reconoce el derecho español y comparado un valor moral.

La literatura ofrece infinitos testimonios de cómo son los sentimientos los que convierten el habitáculo en hogar con independencia de sus cualidades físicas. Baste, por todos, el siguiente fragmento de Knut Hamsun: «En otoño construyó una choza de turba, impermeable y cálida, resistente a las tormentas y al fuego. Isak era libre de entrar en ella, en su hogar, de cerrar la puerta y permanecer en su morada o bien de quedarse fuera en la losa que había delante de la entrada y mostrarse como dueño de toda la casa ante cualquiera que pasase por allí» (*Markens Grode* I.º, 1).

Los artículos 33 y 47 CE son el fundamento del derecho constitucional a la vivienda. La propiedad que el primero de ellos consagra, se fortalece o debilita según coincida o no con su utilización hogareña, ratio del segundo. La condición de hogar fortalece la propiedad. Baste pensar en la defensa de la vivienda habitual dada en garantía hipotecaria a que responden los Reales Decretos Leyes 8/1011 de 1 de Julio, 6/2012 de 12 de Marzo y 27/2012 de 15 de Noviembre. Y, a la inversa, la propiedad se debilita en favor del tercero que, sin ser propietario, tiene allí su hogar. Por ejemplo, el inquilino y la prórroga del contrato por sus familiares más directos. O los artículos 525 CC y 108.3.º LH relativos al derecho personalísimo de habitación. Es la afección de tal derecho sobre piezas de la casa ajena a las necesidades del titular del derecho de habitación «y de las personas de su familia» (art. 524 CC) lo que tal derecho protege. Es el ingrediente familiar el que lo justifica.

De ser un «derecho terrible» como reza, siguiendo las huellas de Beccaria, el famoso titulo de Stefano Rodotá, la propiedad se hace íntima y cordial y el mismo Rodotá pone como ejemplo de lo que denomina «propiedades favorecidas» la normativa y jurisprudencia sobre la vivienda.

El ingrediente afectivo atrás citado al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, convierte la casa en vivienda y la institucionaliza. Es decir, hace

del derecho real sobre la vivienda y de otros derechos reales y obligacionales conexos que la hacen habitable, por ejemplo los derivados de contratos relativos a determinados servicios y suministros necesarios cuando no imprescindibles, relaciones jerarquizadas a un fin superior por estimarse más valioso: el derecho al hogar. Y esto y no otra cosa es la institución

Ahora bien ¿de quién es el hogar? Más allá de su titularidad individual e incluso conyugal, el verdadero titular del hogar es la familia. Así resulta del bien conocido art. 1320 CC, pero también del art. 12 LAU, tras la reforma de 1994 determinada por la jurisprudencia inaugurada por la STS de 31 de octubre de 1986 que reconoce la titularidad arrendaticia de la familia y los artículos 91,1 y 144, 5 RH. Que el interés familiar prima sobre el individual de su titular formal, propietario, usufructuario o inquilino, se demuestra atendiendo a la exigencia de consentimiento del cónyuge para actos de disposición o de gravamen, consentimiento especialísimo que excede el genérico de los artículos 1377 y 1378 CC. Normas como las del art. 1353 CC (sobre la presunción del carácter ganancial de las donaciones) o el 1357 (sobre bienes comprados a plazos por un cónyuge antes de la sociedad de gananciales), ambos de especial relieve en cuanto a los inmuebles se refiere, muestran la tendencia a afectar a la familia el hogar y sus pertenencias. La preferencia del art. 1406,4.º CC en favor del cónyuge supérstite de la vivienda habitual es otro signo del carácter institucional de la vivienda, contaminado así de la índole institucional que ya Cicu señalara como característico del derecho de familia. La más reciente práctica del derecho de familia en cuanto al destino de la vivienda habitual en supuestos de crisis matrimonial, no hace sino acentuar ese carácter institucional, si bien son los hijos menores y en función de ello la madre, quienes tienden a protagonizar lo que se considera como interés familiar. Lo mismo revela la contribución notarial al derecho sucesorio potenciando la figura del usufructo viudal y atribuyéndole funciones comisariales (nuevo art. 831 CC). Es el habitar heideggeriano y no el mero estar lo que constituye el hogar.

2. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

A lo largo de la exposición de cinco importantes fenómenos jurídicos he tratado de hacer lo que Ihering denominó «química del derecho». Esto es su desmenuzamiento. Ahora toca, a partir de tales elementos construir el concepto con extensión suficiente para comprenderlos a todos ellos y con la comprensión precisa para identificar su identidad categorial. Tal es la tarea de lo que el mismo Ihering denominó jurisprudencia superior.

Los derechos, entre otros muchos, así ejemplificados responden a la estructura general del derecho subjetivo. Si, como he dicho y repetido a lo largo de esta intervención, sujeto y objeto se identifican recíprocamente, no dejan de ser distintos el residente y el paisaje, el animal de compañía y su dueño, la familia y su hogar. Incluso si el territorio nacional, como factor material de integración política configura la nación, constituye un polo objetivo con el que la comunidad nacional, polo subjetivo, se relaciona. Son distintos y por ello contribuyen a su recíproca identificación. La inmortal obra de Otto Brunner, *Land und Herrschaft,* ofrece importantes testimonios de ello.

Pero, a la vez, los fenómenos atrás analizados no son, frente a los derechos subjetivos comunes, tanto públicos como privados, una situación de poder concreto exclusivo y excluyente sobre un ámbito de la realidad. Antes bien se identifican en función de dicha realidad que requiere su tutela y, por ello, se caracterizan por su condición extraeconómica y por su transdescendencia.

Los derechos que acabo de ejemplificar contribuyen, en grados diversos claro está, a la autoidentificación del sujeto a través del objeto también identificado. Entre uno y otro se establece una relación noético-noemática cargada de sentimientos en la cual el sujeto constituye afectivamente al objeto y, a su vez, se reconoce en él y así se identifica con el frente a terceros. La literatura ha dejado elocuentes testimonios de ello. Baste como muestra recordar que Don Quijote, dirigiéndose al misterioso encantador que había de ser su futuro cronista, exclama: «Ruégote no te olvides de mi buen Rocinante, compañero eterno mío en todos mis caminos y carreras» (*Quijote I.ª, 2).* Se trata de lo que la fenomenología existencial, rescatando un viejo término, denominó «intencionalidad», que no es ciertamente la mera contemplación intelectual, sino, a través de una decantación teórica, al menos desde Brentano a Merleau Ponty pasando por Husserl, un proyecto de experiencia vivida.

Pero no cumplen esta función mediante el dominio sobre un objeto. No son el poder de un sujeto sobre una cosa. El territorio no es el objeto de la potestad estatal ni, lo que a los efectos sería lo mismo, su delimitación espacial, ni el paisaje es disponible por sus vecinos y, menos aún, por sus visitantes, ni la lengua el objeto del poder de quienes la hablan ¿Podría Don Quijote por ventura vender a Rocinante o el Parlamento de Cataluña suprimir la lengua catalana? Antes bien, hemos visto que el territorio nacional identifica al Estado tanto como la lengua propia a la comunidad de sus hablantes y el paisaje a su vecindario. Reciprocidad que volvemos a encontrar en la relación del hombre con su animal de compañía y en la de la familia con su hogar, sin duda, más en el derecho antiguo, pero también, con relación al hogar conyugal, en el más reciente. Los de-

rechos en cuestión, por lo tanto, identifican. Al sujeto y al objeto en la intersubjetividad. Y al generar un haz de relaciones jurídicas jerarquizadas en torno a un fin común, tienden a institucionalizar el objeto y, en función del mismo, al sujeto. ¿No son típicamente institucionales las relaciones y las normas relativas al territorio nacional y al domicilio familiar, incluso en el nuevo derecho de familia, aparentemente más contractual que institucional?

Esta íntima vinculación entre sujetos y objeto que, como quedó expuesto más atrás, humaniza al objeto: al espacio convertido en «lugar» por la comunidad humana que en él se asienta; a la lengua, hecha «propia» por quienes, la hablen o no, porque así la sienten; al inmueble convertido en «hogar»; al animal de compañía por la especial relación que le une a quien, a falta de otra palabra, seguimos llamando su dueño. Tal relación hace del objeto una magnitud intensa, frente a la cosa, objeto clásico de los derechos reales, que es una magnitud extensa. Y permítanme que utilice una y otra categoría kantiana (prolongando la analítica trascendental de la primera *Crítica* con el concepto de sublime dinámico de la tercera) incomprensiblemente olvidadas por los juristas y a mi entender claves par explicar fenómenos como los que acabo de exponer. Las magnitudes extensas se miden, las intensas se sienten; aquellas se pueden contar, dividir, distribuir y compensar; estas no. Por existenciales son infungibles e irreductibles a valoraciones económicas.

Como señalara Nussbaum en su famosa *Teoría Jurídica del Dinero*, éste sirve para homogeneizar el valor de las cosas más diferentes y, en consecuencia, permitir su compensación e intercambio. Así quedo claro desde el texto de Gayo IV, 48. Pero el hecho es que hay objetos cuya especial humanización, no otra cosa, los coloca «extra commercium» y no pueden ser económicamente valorados. El territorio nacional no se vende, aunque sí se vende el colonial y, volviendo a la magistral novela de Miguel Delibes, el desdichado gañán no se deja compensar, mediante el regalo de otros pájaros, la muerte de su *Milana.*

El derecho de propiedad, tan paradigmático en el campo privado como en el público, ha sido visto en su versión clásica como un factor de individualización y aislamiento. Así lo entendieron desde Rousseau a Marx. Pero, en los fenómenos de los que he dado cuenta, la relación de los hombres con el objeto de su derecho no los individualiza sino que los identifica, como ya he expuesto, y no los aísla sino, antes al contrario, los abre a la intersubjetividad.

La apertura tiene lugar porque la relación noético-noemática, al descosificar el objeto, permite que el sujeto se trascienda en otro y aun más en otros. Desde la comunidad lingüística a la conyugal. Baste pasear por un parque al atardecer para comprobar la función sociabilizadora de la propiedad de un

perro. Una propiedad que identifica al propietario y no lo aísla sino que lo relaciona no solo con su perro, sino con los otros propietarios de perros.

Una reciente tesis doctoral presentada en la Politécnica de Madrid ha señalado la posibilidad de crear o incluso de apropiarse de un paisaje suburbano como instrumento de autoidentificación mediante la espacialización de lo que Veblen en su *Teoría de la clase ociosa* denominó «gasto ostentoso». Si mediante tal recurso se consigue la autoidentificación colectiva de un determinado sector social, es claro que surge un orden concreto en el que el propietario se trasciende, cualquiera que sea el juicio que el fenómeno merezca. Pero si el gasto ostentoso espacializado tan solo pretende la autoafirmación del sujeto, la alteridad desaparece.

Ahora bien, todo ello, la función recíprocamente identificadora, la infungibilidad y la sociabilidad, son resultado de la afectividad que impregna la relación noético-noemática de los nacionales con su territorio, de los vecinos con su paisaje, de los hablantes con su lengua propia, de la familia con su hogar. En tales derechos lo que está en juego no es la autonomía de la voluntad ni las magnitudes extensas que denominamos intereses, sino unas magnitudes intensas tan íntimas como cordiales.

Las magnitudes extensivas son, según Kant, aquellas que se nos revelan cuando a las intuiciones puras de espacio y tiempo aplicamos las categorías de cantidad. El resultado no es distinto al extenso cartesiano: las partes extrapartes. Pero, junto a estas magnitudes extensivas, Kant señalaba otras magnitudes intensivas, resultantes de aplicar a las intuiciones puras las categorías de cualidad. Mientras las de cantidad nos obligaron a pensar los objetos como magnitudes extensivas, las de cualidad nos llevan a pensarlos con un cierto grado de intensidad, es decir, como reales y limitados.

A mi juicio, esta noción kantiana es susceptible de dos interpretaciones. Una física y otra afectiva. Una, referida a la primera de las Críticas, y otra, a la tercera. Aquélla, ceñida a la materia que tiene que llenar la figura geométrica para convertirla en un objeto físico capaz de producir una sensación. Ésta, vinculada a la dimensión existencial de las categorías de cualidad: la realidad, la negación y la limitación.

En efecto, las categorías según la cualidad son existenciales, porque afirmando o negando la realidad y reconociendo la limitación, el hombre se enfrenta con lo sublime. Lo sublime, según la *Crítica del Juicio,* es aquel objeto de la naturaleza cuya representación conduce al espíritu a pensar la inaccesibilidad de la propia naturaleza como exposición de ideas, porque al conocimiento como facultad de los conceptos se opone, superándolo, la razón como facul-

tad de las ideas. A la experiencia categorizada de lo sensible, la intuición de lo ilimitado que hay detrás.

Ahora bien, para Kant lo sublime puede ser matemático o dinámico, según se refiera a la ilimitación de lo extenso o la inconmensurabilidad de lo intenso. Para explicar lo que este último es, el pacifista Kant recurre a ejemplos como la guerra, donde el hombre es capaz de dar una plenitud de sentido incluso a lo que había de llamarse la certeza de toda imposibilidad que es la muerte y, en consecuencia adquirir una plenitud de libertad. En expresión de Kant, aquellos casos en los cuales el espíritu puede hacerse sensible a la propia sublimidad de su determinación, incluso por encima de su naturaleza. Es dulce y honroso morir por la patria, decía Horacio, y cuando en tan suaves palabras notamos el acento de lo sublime es porque nos hiere la libertad suprema de disponer con sentido, con referencia a la trascendencia, de la propia vida.

Sólo la trascendencia proporciona este sentido, y en ella cabe distinguir entre lo que en una dimensión vertical es trasascendente, y que «no a todos es dado entender» (Mt. 19, 10), y una dimensión horizontal que, sin ninguna connotación peyorativa, cabría denominar transdescendente y que no puede ser otra que la intersubjetividad, condición trascendental de nuestra subjetividad. El martirio y la guerra son dos ejemplos sangrantes y extremos de esta decisión, en pro de algo que, por sernos distinto y, sin embargo, raíz de nosotros mismos, nos permite orientarnos y adquirir con ello plenitud de sentido.

Pero volvamos a la intimidad y cordialidad de las magnitudes intensivas que, junto con la trasdescendencia de «unirse estrechamente con alguien, de todo corazón», son las principales acepciones que el Diccionario de la Real Academia nos da de «entrañable». Por eso propongo llamar «entrañables» a estos derechos: los derechos que tutelan un sentimiento, pero no un sentimiento cualquiera, sino el de identificarse en relación con un objeto afectivamente cualificado y en el seno de una colectividad.

3. UNA NUEVA CATEGORÍA

¿Tiene ello alguna utilidad? ¿Estas lucubraciones son algo más que la pobre versión de lo que despectivamente Gierke llamaba las fantasías de los artistas del derecho? Las categorías, decía Kant, sirven para iluminar los hechos que sin ellas están ciegos. Pero las categorías no crean los hechos ni las normas. Propugnar lo contrario fue lo que Rumelin denominara el «pecado contra el Espíritu Santo» de la jurisprudencia conceptual. Pero, al iluminarlos, permiten identificarlos y utilizarlos. Son lo que el citado Heck denominó «con-

ceptos clasificatorios». La razón categorizante no crea la realidad, pero permite ordenarla, conocerla y dominarla.

Lo primero, el conocimiento categorial, permite aprehender intelectualmente los fenómenos y descubrirlos, más allá del torrente de la experiencia, en lo que tienen de singular y permanente. Que un objeto no sea una cosa sin más, sino que se cualifique como «entrañable» y que la relación con el mismo no sea meramente posesiva sino identificatoria y tuitiva; esto es, que se le conozca de verdad, es importante,

Porque, y éste es el segundo extremo atrás enunciado, es claro que el dominio de la realidad es mayor cuando más profundo sea su conocimiento y el jurista que pretenda enjuiciar los hechos y aplicar las normas en vez de enfangarse en unos y otras deberá recurrir a las categorías. De ahí su imprescindible utilidad para la buena práctica del derecho. Pero categorías que respondan a la realidad de los hechos y no pretendan substituirla por conceptos hueros. Por eso, cuando la realidad no cabe en las categorías existentes, el buen jurista, decía Jellinek, debe de ser capaz de crear otras nuevas.

Para volver sobre lo dicho, mal jurista sería quien no viera la distancia abismal que hay entre la propiedad de una SICAV y la del domicilio conyugal, algo que la opinión pública conoce muy bien cuando reacciona, incluso violentamente, ante un desahucio por impago y considera normal el embargo de una cuenta de valores por el acreedor. E igualmente ciego sería quien no viera en los derechos lingüísticos tanto un poder como un deber. El legislador regulará mejor lo entrañable y el juez lo tutelará más eficazmente, si toma conciencia de su existencia a través de la correspondiente categoría.

Sin embargo, lo que denomino derechos entrañables son hoy harto polémicos. Por un lado, como he puesto de relieve a través de una serie de ejemplos, tienden a afirmar su singularidad frente a unos conceptos tenidos por clásicos y se oponen a una visión meramente cuantitativa de las relaciones jurídicas: el «lugar» frente al espacio, el animal frente a la cosa. Y es evidente que esta reconquista de lo intenso frente a lo extenso no es pacífica, porque las categorías que consideramos clásicas han sido paulatinamente embargadas por una visión supuestamente objetiva y en realidad cuantitativa y fisicalista que solo conoce magnitudes extensas, ajenas a todo sentimiento. La mutación jurídica que en el derecho privado ha supuesto la economía, tan brillantemente ilustrada por nuestro compañero Javier Conde en 1947 bajo el título de *Las transformaciones del derecho patrimonial en la época del capitalismo* y que la masificación, aceleración y fluidificación del tráfico en los años siguientes no han hecho más que acentuar, parece provocar la reacción de la legislación, la

jurisprudencia y la doctrina. Así lo muestra el reciente tratamiento jurídico de los fenómenos atrás expuestos.

Pero, a la vez, el horizonte de tales derechos resulta más que sombrío, porque la evolución económica y social parece diluir sus elementos subjetivos y objetivos. Las migraciones masivas al desenraizar las poblaciones tienden a privar al espacio de su carácter nacional, la presión turística y urbanística amenaza el paisaje, el plurilingüismo, que en realidad es el monopolio de una nueva *koiné,* pretende excluir la lengua propia oponiendo a su función identitaria una mayor utilidad económica, y en la sociedad de consumo hasta la mascota, recosificación del animal en mero adorno, desplaza al animal de compañía. La homogeneización cultural profetizada hace más de doscientos años por Herder y que la globalización pretende hacer efectiva, substituye los afectos colectivos por instrumentos individuales.

Ante la insuficiencia del ayer que se trata de superar y las amenazas de un inmediato mañana, un verdadero humanismo jurídico, esto es aquel que busca un derecho de talla humana, requiere emancipar mediante nuevas categorías –esas categorías que no substituyen a los hechos, pero que son capaces de conducirlos como, en metáfora famosa, el capitán a los soldados– que den solidez a fenómenos como aquellos cuyo análisis he esbozado. Fenómenos de orden intenso y no meramente extenso que afectan a lo más entrañable de nuestra vida: a la identidad del sujeto de la que la intersubjetividad es condición trascendental de posibilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUNNER, *Land und Herrschaft,* Viena 1934.

COING, *Derecho Privado Europeo,* trad. esp. Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 1996.

CONDE, en *Escritos y Fragmentos Políticos,* Madrid (IEP), 1974, t. I.

CICU, *Il diritto di famiglia,* Roma (Atheneum), 1924.

GERLACH, *Privatrecht und Umweltschutz,* Berlin (Dunckel), 1989.

HECK, *Interessenjurisprudenz,* Tubinga (Möhr), 1933.

HERRERO, «La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado Español» en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo,* Madrid, 1974.

— «El territorio nacional como espacio mítico», *Estudios en Homenaje a García Pelayo,* Caracas (Universidad Central de Venezuela), 1979.

— «Els Drets Humans als microestats: due crisis de creixement» VV.AA. *Recull i comentari dels articles de la Declaració Universal de Drets Humans. 500 aniversari*, Andorra la Vella, (Col.legi d'Avocats), 1999.

HERRERO, «Plurilingüismo, cooficialidad y Lengua Propia», en Herrero, *El valor de la Constitución,* Barcelona (Crítica), 2003.
— «Del derecho terrible al derecho entrañable», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* n.º 6.
— «El derecho al paisaje como derecho entrañable», *Ibid.* n.º 30.
PAREDES, *Teorías de la intencionalidad*, Madrid (Síntesis), 2007.
PÉREZ MONGUIO, *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho Administrativo,* Barcelona (Bosch), 2005.
PIZZORUSO en *Revista Vasca de Administración Pública,* n.º 16.
MUÑOZ MACHADO, *Los animales y el Derecho,* Madrid (Civitas), 1999.
NUSSBAUM, *Teoría Jurídica del Dinero,* trad. esp., Barcelona (Bosch), 1929.
MERLEAU PONTY, *Phénomenologie de la Perception,* París (Gallimard), 2007.
VV.AA., *Bienestar animal,* Madrid (MAPyA) 2003.
VEBLEN, *Theory of the leisure class,* Chicago (MacMillan), 1899.
WESTERMANN, WESTERMANN, GURSKY, EICKMANN, *Derechos Reales,* I, trad. esp. Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 2007.

En esta obra se recogen veintiún trabajos de diversa procedencia, que resumen el pensamiento de Miguel Herrero de Miñón en la rama de derecho constitucional. Todos ellos muestran su conexión con los retos planteados por el pensamiento y la doctrina contemporáneos de los más destacados autores en la materia. Valga, pues, este libro como un recopilatorio de la labor de casi cincuenta años de magisterio de uno de los padres de nuestra Constitución.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES